This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

NYPL RESEARCH LIBRARIES
3 3433 07594220 5

SLA
Archive
N.Y.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.
Jahrgang 1842.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1842.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

I. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1842.
Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1842.

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
398237
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS.
R 1907

Inhalt.

I. Von dem Begriffe von Socius in den Quellen des römischen Strafrechts. Von Birnbaum. S. 1

II. Der deutsche Strafprozeß, verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren, mit Prüfung der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung. Von Mittermaier. — 61

III. Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr. Von Herrn Professor Dr. Zöpfl zu Heidelberg. — 118

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1842. Erſtes Stück.

I.

Von
dem Begriffe von Socius in den Quellen des römiſchen Strafrechts.

Von
Birnbaum.

Man iſt gewöhnt, in der Lehre des gemeinen deutſchen Strafrechts bei der Benennung der einzelnen Verbrechen ſowohl, als auch der im allgemeinen Theile zu erörternden Momente, deren Begriffsbeſtimmung für nothwendig gehalten wird, weil ſie von weſentlichem Einfluſſe auf die Beſtimmung der Strafbarkeit faſt bei jedem einzelnen Verbrechen iſt, neben den deutſchen Namen auch die lateiniſchen hinzufügen. Bei einer Wiſſenſchaft, die einen großen Theil ihres Inhaltes aus lateiniſch geſchriebenen Quellen ſchöpft, iſt nichts natürlicher, als dieſe Verfahrungsweiſe, und für den Lehrer derſelben, der den ſie Studirenden, wie es doch ſeyn ſollte, auf die Quellen hinweiſen und ihn dazu anleiten *will*, ſeine Ueberzeugung von der Wahrheit

jedes einzelnen ihm vorgetragenen Satzes aus den Quelle
ſelbſt zu ſchöpfen, iſt die angegebene Weiſe des Verfahren
ſogar Pflicht, wenn er nicht etwa zu denjenigen gehöre
die da meinen, der Studirende könne ſich ja auch die
Ueberzeugung aus Ueberſetzungen verſchaffen, welche heu
zu Tage von unſeren Quellen in ſo großartigem Maaßſtab
geboten werden. Ich meines Theils gehöre inzwiſche
nicht zu den Anhängern dieſer Anſicht. Ich bin vielmeh
noch immer der Meinung, daß, ſo lange es noch eine au
Univerſitäten zu lehrende Wiſſenſchaft des gemeinen deut
ſchen Strafrechts giebt, man auch dem zum Studium der
ſelben Tretenden den Urtext ihrer Quellen ans Herz lege
müſſe. Freilich mögen Manche dieſer Wiſſenſchaft ſelb
ein baldiges Ende prophezeihen. Gewiß iſt es wenigſtens
daß von einer unmittelbaren Anwendung derſelben im Lebe
immer weniger die Rede wird ſeyn können, und ſo ebe
iſt, in dem Lande, dem ich nun angehöre, wieder ein A
der Geſetzgebung vollendet worden, welcher der Herrſcha
des gemeinen deutſchen Criminalrechts ein bedeutendes Te
ritorium entziehen wird [1]). Dies kann in der That auc
nicht anders ſeyn, und auch der wärmſte Freund der Wi
ſenſchaft des gemeinen deutſchen Strafrechts hat ſich da
über weder zu beſchweren noch zu beklagen. Dieſe Wi
ſenſchaft ſelbſt wird darum nicht ihren Werth verlieren
und noch immer beſtehen Motive genug, ſie zu hegen un
zu pflegen [2]). Es wird alſo auch die oben erwähnte Pflich
fortbeſtehen. Um aber derſelben in jeder Hinſicht zu g

1) Vgl. Strafgeſetzbuch für das Großherzogthum Heſſen, im Gro
herzoglich Heſſiſchen Regierungsblatt vom 13. October 184
Nr. 30. und Geſetz, die Einführung des Strafgeſetzbuchs i
Großherzogthum betreffend, im Regierungsblatt vom 15. Octob
1841. Nr. 31.

2) Es wird hier hinreichend ſeyn, auf die Vorreden der zweit
Ausgabe des Lehrbuchs von Hefter, Halle 1840, und des v
Marezoll, Leipzig 1841, hinzuweiſen.

mögen, müßten eigentlich die den deutſchen Benennungen beigefügten lateiniſchen auch die der Quellen ſelbſt ſeyn. Vergleicht man aber nun die lateiniſchen Benennungen, die in den meiſten unſerer Lehr- und Handbücher den deutſchen wirklich beigefügt ſind, mit der Sprache der Quellen, insbeſondre des römiſchen Rechts, ſo wird man nicht ſelten einen bedeutenden Unterſchied finden. Vorzüglich iſt dies der Fall in der ſo wichtigen Lehre von den Theilnehmern eines Verbrechens, wie man, um den allgemeinſten Ausdruck zu wählen, häufig diejenigen nennt, welche die Römer *unius facinoris plurimi rei* [3]) oder *in eadem causa obnoxii* [4]), kürzer wohl auch *consortes*, in ſpäterer Zeit *complices* genannt haben [5]). Meiner Anſicht

---

3) *Unius facinoris* oder *unius sceleris*, welche beide Worte, wie ich an einem andern Worte nachgewieſen habe, weit mehr als crimen oder delictum das eigentliche Verbrechen bezeichneten, das zu einem Criminalverfahren Anlaß gab. Vgl. L. 18. D. de quaestion. und Paulus V. tit. 14. §. 2.

4) L. 6. §. 4. C. delinqui ad ecclesiam confugiunt. Hier iſt von *principalibus* personis und *sociorum* seu *participum* et omnino *in iisdem causis obnoxiorum* personis die Rede.

5) Allen dieſen Benennungen liegt nicht die Idee des gemeinſchaftlichen Handelns, ſondern des gemeinſchaftlichen Looſes zu Grunde, dem man mit Andern ſeiner That oder ſeiner Unterlaſſung wegen, entweder was das Verfahren oder was die Strafe angeht, unterworfen wird. Darauf deuten auch die Worte: Unusquisque *ex suo admisso sorti subjicitur*, in L. 26. D. de poenis, und die Worte: Veniam sperans propter flagitia adjuncti vel *pro communione criminis consortium personae superioris optans*, in L. 17. C. de accusationibus. Dies darf nicht überſetzt werden: „für die Theilnahme am Verbrechen", ſondern: „für das gemeinſame Loos in der Unterſuchung die Genoſſenſchaft einer höheren Perſon wünſchend." Doch ſcheint von *commune crimen* in L. 39. § 6. 7. D. ad leg. Jul. de adult. auch in anderm Sinne die Rede zu ſeyn, und in L. 4. C. de quaestionib. iſt von *convictis confessisque* die Rede, *qui ad societatem sceleris vocant alios*, und von *communiter commissum facinus*, obſchon ſelbſt *crimen* communiter commissum ſoviel als *judicium communiter* commissum heißen, *d. h.* das gemeinſchaftliche Verfallenſeyn in eine und die nämliche

nach ist zur Vermeidung jedes Irrthums der Ausdruc Mitschuldige vorzuziehen, indem es dabei doch haupt sächlich darauf ankommt, zu bestimmen, welche Personei durch ihre That oder Unterlassung als des nämlichen Ver brechens schuldig angesehen werden müssen [6]). Auch di Idee von Concurrenz der Verbrecher, wovoi man häufig in dieser Lehre redet, ist eigentlich weniger di Idee der Concurrenz mehrerer Individuen zu einem Ver brechen, oder, wie Feuerbach sagt [7]), daß mehrere Per sonen an der Entstehung eines und desselben Verbrechem Theil nehmen, sondern vielmehr die Idee, daß mehrer wegen desselben Verbrechens, oder wie man römisch sage könnte: ejusdem facinoris nomine, zur Bestra fung concurriren, für welche Idee auch der Aus druck complicité des französischen Rechts sehr bezeichnen ist [8]), den hierbei noch Feuerbach auf das deutsch

liche Untersuchung bedeuten könnte. Sonst sind öfters *consci* und *consortes* L. un. C. de Nili agg. wie anderwärts *consoci* et *participes*. L. 3. C. de abolit. zusammengestellt.

6) In der neuesten Schrift von Bauer, Abhandlungen, Bd. I Gött. 1840. S. 409 u. f. ist „von der Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen" die Rede; Kitka hat seine neueste Schrift, Wien 1840, „über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit" betitelt.

7) In §. 46. der 3ten von Mittermaier besorgten Ausgabe 1840, wie in den früheren z. B. der 6ten §. 46 a.

8) Dieser aus dem Lateinischen abgeleitete Ausdruck ist jedoch nich lateinisch, und selbst *Complices* kommt erst bei späteren Lateinern z. B. Sidonius, und nicht einmal in späteren Rechtsquellen vor. Die Idee aber, die unstreitig dem Ausdruck zu Grund liegt, könnten wir noch mit den Worten römischer Juristen *eadem accusatione implicati*, ausdrücken. Negotiis implicari ist ein gewöhnlicher Ausdruck bei Cicero, wie bei den Juristen z. B. L. 22. §. 2. D. si quis omissa causa testamenti und bei Cicero in Verrem III. 35. findet sich auch: legibus implicatum terreri. Der Ausdruck *correi*, der in L. 3. §. 3. de liberat. leg. vorkommt, als gleichbedeutend mit dem, was *L. 16. de acceptilat.* ausgedrückt wird durch: duo pluresve

anwendet. Um nun aber wieder auf den Gegenſtand, deſſen Erörterung wir uns zur Aufgabe geſetzt haben, zurückzukommen, wollen wir einmal die lateiniſche Terminologie, die gewöhnlich in der Lehre von der Mitſchuld neben der deutſchen gebraucht wird, näher betrachten, und wir werden uns leicht überzeugen, daß ſie keine römiſche iſt. Auch gilt dieſe Bemerkung ſo ziemlich allgemein, obgleich noch in der von den neueren und neueſten Criminaliſten gebrauchten lateiniſchen Terminologie keine vollkommene Uebereinſtimmung herrſcht. Dies darf um ſo weniger befremden, da ſelbſt in den deutſchen dieſe Uebereinſtimmung fehlt, obgleich insbeſondere die von Feuerbach gewählte Terminologie, ſo gegründete Einwendungen auch gegen dieſelbe von Andern, beſonders von Mittermaier und ſpäter auch von Stübel [9]) gemacht worden ſind, in einem großen Theile von Deutſchland in die Praxis

---

ejusdem obligationis participes, wird von Mitſchuldigen, die zuſammen einer Anklage unterliegen, in den Quellen nicht gebraucht, obgleich auch von dieſen einer, welchen die Geſetze ſonſt *factor* nennen, als *reus principalis* erſcheint in L. 5. C. de accusat vgl. mit L. 1. §. 21. D. ad SC. Sylan. Ob übrigens ſelbſt in denjenigen Fällen des römiſchen Strafrechts, wo von eigentlichem *crimen* die Rede nicht, und nur eine *poenae obligatio* begründet war, wie es z. B. in L. 56. D. de furtis heißt, von mehreren Mitſchuldigen z. B. von den in L. 21. §. 2. D. h. t. genannten, von denen ausdrücklich geſagt wird, *omnes furti in solidum terreri*, nach der Anſicht der römiſchen Juriſten geſagt werden konnte, *plures esse ejusdem obligationis participes*, läßt ſich wohl bezweifeln. Wenigſtens war hier wohl nicht dieſelbe Folgerung zuläſſig, die aus dem *in solidum debere* in L. 2. D. de duob. reis const. gezogen wird. Vgl. L. 11. §. 1. D. ad leg. Aquil. und daſelbſt die Worte: *quod alius praestitit alium non liberat, cum sit poena.* Vgl. jedoch noch L. 14. §. 15. und L. 15. D. quod metus causa und L. 1. C. de condict furt. Das Nähere hierüber liegt jedoch außer unſrer Aufgabe.

9) In der Schrift: über die Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen, Dresden 1828, beſonders im dritten Abſchnitt: Berichtigungen der Vorſtellungen von den verſchiedenen Arten der Mitſchuldigen an einem Verbrechen, §. 26 u. f.

übergegangen ist, ja zum Theil selbst mit rein doctrinelle und eigentlich undeutschen Ausdrücken in neuere Gesetzbücher aufgenommen wurde, bei deren Abfassung man doch vorzüglich darauf bedacht gewesen zu seyn scheint, alles zu entfernen, was doctrineller Natur zu seyn schien oder an Terminologien der neuern Doctrin erinnere [10]. Um nun bei der Feuerbachschen, wie gesagt, zum Theil auch von der neuern Praxis und Legislation gebilligten, übrigens in der Doctrin selbst weit verbreiteten Terminologie stehen zu bleiben, so ist es eine bekannte Sache, daß Feuerbach, von Urheber im weitern Sinne redend, darunter nicht blos denjenigen, den man nach u

10) In dem neuen Strafgesetzbuch des Großherzogthums Hessen Art. 71., dessen erster Theil mit dem Art. 106. des badischen Entwurfs fast gleichlautend ist, ist das Wort Urheber im Feuerbachschen Sinn genommen, wie denn überhaupt Feuerbachsche Ansichten auch hier von großem Einfluß waren, und bemerkt, daß man darunter nicht nur denjenigen verstehen wolle, welcher das Verbrechen begangen hat (welchen Andere im deutschen Sprachgebrauch angemessener Thäter nennen), sondern auch den Anstifter, welcher Ursache des Verbrechens dadurch geworden ist, daß er den Thäter vorsätzlich zum Entschlusse, dasselbe zu begehen, bestimmt hat. Zur näheren Erklärung ist zu dem Worte Anstifter (für welchen Begriff Andere das Wort Urheber ganz allein zu passen scheint) beigefügt worden: intellectueller Urheber, welcher Worte sich der badische Entwurf enthalten hat, wie auch die in der Doctrin den Gegensatz bildenden Worte physischer Urheber sowohl in diesem Entwurfe als in jenem Gesetzbuche vermieden worden sind. Uebrigens zeigen die über den Entwurf des Großh. Hessischen Gesetzbuchs stattgehabten Verhandlungen, z. B. Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großh. Hessen gewählten Ausschüsse erster und zweiter Kammer, Darmstadt 1840. S. 504., und: Verhandlungen der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Darmstadt 1840. 2te Abth. Protokoll 142. S. 66., daß man die Verfügungen einiger Artikel des badischen Entwurfs, deren Aufnahme in das Großherzoglich Hessische Gesetzbuch Einigen wünschenswerth schien, von anderer Seite nicht berücksichtigen zu können meint, weil die im badischen Entwurf dabei gebrauchten Worte: bestimmter und unbestimmter Vorsatz, sonst dem hessischen Entwurf fremd und zu doctrinell seyen.

rünglichem, in der That auch erſt in neuerer Zeit durch inwirkung philoſophiſcher Anſichten verändertem Sprach- brauch [11]) eigentlich allein ſo nennen ſollte, und den an noch heut zu Tage oft vorzugsweiſe mit jenem Worte ezeichnet [12]), nämlich den Anſtifter, ſondern auch en eigentlichen Thäter verſtand, den er auch als phyſiſchen Urheber von dem Anſtifter als intellectuellen Urheber unterſchied. Feuerbach hat ogar, worin ihm übrigens weniger allgemein beigeſtimmt

11) Der auch zum Theil der Sprachgebrauch der als Quellen des gemeinen Rechts zu betrachtenden Reichsgeſetze iſt, worin Urheber wohl nicht leicht den Thäter bezeichnet, ſonſt auch ſtatt Urheber das Wort Urſacher gebraucht iſt, z. B. in der Reichs-Executions-Ordnung von 1555. §. 43. „ſolcher Vergabdering Anfänger, Urſacher, Aufwiegler.“ Anders freilich ſcheint das Wort genommen zu ſeyn in der P. G. O. Art. 148. „der Ander Beiſtänder, Helfer, Urſacher.“ S. jedoch Heffter Lehrbuch §. 83. Not. 4. Dagegen Luden Abhandlungen aus dem gem. deutſch. Strafrecht Bd. I. S. 442.

12) Wenn man vom Urheber eines Duells, oder Urheber eines Complotts redet, ſo bezeichnet man damit doch wohl nicht jeden Duellanten oder alle Complottanten. Auch das franzöſiſche Recht nimmt das Wort *auteurs* nicht überall in dem Sinne, als im Art. 59., wo ihm die *complices* entgegengeſetzt werden, alſo der Thäter darunter verſtanden wird. Vgl. z. B. Art. 268., wo von *auteurs* und *directeurs* der *associations*, die an ſich als Verbrechen gelten, bei denen alſo jeder *associé* als Verbrecher oder Thäter anzuſehen iſt, in einem eingeſchränktern oder beſonderen Sinne die Rede iſt. Vgl. *chefs, auteurs, instigateurs* et *provocateurs* de ces reunions, rebellions, pillages in art. 313. mit art. 96. — auch art. 124. *les auteurs ou provocateurs* et *les auteurs coupables*. Schon Mittermaier hat im Archiv Bd. III. S. 125. darauf aufmerkſam gemacht, daß man die Worte Thäter und Urheber ſtatt phyſiſcher und intellectueller Urheber gebrauchen ſollte, da der richtige Sprachgebrauch dies rechtfertige. Die von Luden, Abhandlungen, Bd. II. S. 341. dagegen gemachten Bemerkungen ſind wenigſtens nicht allgemein gegründet. Der Sprachgebrauch rechtfertigt es wohl z. B. Jemand, der tödtet, Urheber des Todes zu nennen, aus begreiflichen Gründen, aber Niemand wird den, der ſchlägt, Urheber des Schlages heißen. Der Verfaſſer ſelbſt unterſcheidet übrigens oft z. B. S. 287. zwiſchen Urheber und eigentlichem Thäter.

wurde, das Wort Urheber, für deſſen allgemeinen Gebrauch ihm die nach ſeiner Anſicht eintreten ſollende Gleichheit der Beſtrafung das Hauptmotiv geweſen zu ſeyn ſcheint, noch auf einige von ſolchen Mitſchuldigen oder Theilnehmern an Verbrechen angewandt, für welche weder das Wort Anſtifter noch das Wort Thäter paßt, und welche ſonſt unter dem Namen von Gehilfen mit begriffen werden, wie er auch ſelbſt ſie als Hauptgehilfen bezeichnete und als Urheber näher durch den Beiſatz indirect-mittelbar charakteriſirte. Dieſe letzte Benennung des Hauptgehilfen beruhte bei ihm wieder auf einer eigenthümlichen Idee. Nach derſelben ſollte blos der Thäter unmittelbarer Urheber ſeyn, der Anſtifter und der Hauptgehilfe aber ſollten unter der Benennung mittelbarer Urheber zuſammengefaßt werden. Damit aber dann beide wieder durch irgend einen Beiſatz unterſchieden würden, ſollte der Anſtifter direct-mittelbarer Urheber und der Hauptgehilfe indirect-mittelbarer Urheber genannt werden [13]). Daß dieſes Zuſammenfaſſen dreier verſchiedener Begriffe unter der einen Benennung von Urhebern nicht zu billigen ſey, wenn auch wirklich die leitende Idee, von der dabei ausgegangen wurde, vollkommen richtig ſeyn ſollte, bedarf keiner weitern Ausführung. Sonſt hätten ja auch die franzöſiſchen Geſetzgeber, die von dem Grundſatze ausgegangen ſind, alle Mitſchuldige ſeyen in der Regel mit der gleichen Strafe zu beſtrafen, für alle auch nur einen Namen wählen müſſen. Sie haben aber dennoch *auteurs* und *complices* unterſchieden, und unter der erſten Benennung in der Regel nicht einmal die eigentlichen Urheber oder Anſtifter, die zuweilen auch *mo-*

13) Durch einen Druckfehler in der 13ten von Mittermaier *beſorgten Ausgabe* des Feuerbachſchen Lehrbuchs in §. 44. iſt *dieſe* Idee unkenntlich geworden.

teurs heißen [14]), mit begriffen, ſondern ſie mit zu den *complices* gezählt [15]), welcher Begriff ſelbſt bald mehr bald weniger umfaßt, indem das Wort zuweilen im Gegenſatze des Thäters gebraucht wird, zuweilen den Thäter mit umfaßt [16]). Gegen die leitende Idee ſelbſt, aus welcher drei, übrigens doch noch durch die Beiworte unterſchiedene Arten von Mitſchuldigen unter den einen Begriff von Urhebern gebracht wurden, nämlich gegen die Anſicht, daß in den drei Fällen jederzeit die gleiche Strafe verdient ſey, iſt übrigens Manches einzuwenden und auch ſchon eingewendet worden. Dieſe Frage aber übergehen wir hier, weil ſie uns von dem eigentlichen Gegenſtande, den wir uns zu erörtern vorgenommen haben, zu weit entfernen würde.

Was die lateiniſchen Benennungen angeht, welche Feuerbach den hier eben angegebenen deutſchen beifügte, ſo iſt bekannt, daß er von *auctor delicti* in derſelben Allgemeinheit geſprochen wiſſen wollte, als er das Wort Urheber anwandte, und ſo nannte er denn auch den Thäter, den er als phyſiſchen Urheber bezeichnete, *auctor physice talis*, was natürlich für den ſogenannten intellectuellen Urheber die Benennung *auctor intellectualiter talis* [17]) nahe legt, wie denn auch die Benennungen *auctor physicus* und *auctor intellectualis* [18]) oder ſtatt deſſen *psychologicus* [19])

14) Code pénal, art. 440. vgl. 441. 442. *instigateurs*, *provocateurs*. Cf. art. 415. *chefs* ou *moteurs*, art. 416. 438.

15) Code pénal, art. 60.

16) Daß in Art. 338. von *complice* de la femme *adultère* die Rede iſt, beruht auf einer andern Anſicht. Vgl. art. 339.

17) Gebraucht iſt ſie in §. 44. des Lehrbuchs nicht.

18) Auch in neueren lateiniſch geſchriebenen Compendien. Vgl. Meister principia juris crim. Germ. comm. ed. 7. Gott. 1828. §. 42.

19) Vgl. *A. L. Casse* dissert. de auctoribus delictorum *psychologis*, *Havniae* 1835.

häufig bei Andern vorkommen, oder auch, in ſofern i der Lehre von mehreren Theilnehmern an einem Verbr chen von Concurrenz geſprochen wird, zwiſchen *concursu intellectualis* und *concursus physicus* oder *corpora lis* z. B. von Hefftér [20]) unterſchieden wird. Für de ſogenannten Hauptgehilfen hat Feuerbach de Ausdruck *socius principalis* beigefügt, ſo wie er übe haupt ſeinen Begriff von Gehilfen durch *socius de licti* wiedergiebt in §. 46. ſeines Lehrbuchs, ſonſt unt *societas delinquendi* in §. 47. das Complott ve ſteht, wogegen Hefftér durch *societas criminis* [21] die von ihm ſogenannte Betheiligung oder Com plicität an einem Verbrechen überhaupt bezeichne weßhalb er auch bei der von ihm angenommenen Einthe lung der Theilnehmer in Haupttheilnehme

20) In der 2ten Ausg. des Lehrbuchs §. 81. Dieſe Ausdrü ſcheinen mir, ſo wie die auch von Andern gebrauchten Au drücke concursus positivus et negativus, oder concursu antecedens, concomitans, subsequens etc. noch weniger billigen und ſind zum Theil unlogiſch. Wenngleich z. B. e concursus gebildet werden kann durch eine mit der Hauptth gleichzeitige oder ihr vorhergehende oder ihr nachfolgende Tha ſo iſt darum doch der concursus nicht antecedens, concomi tans, subsequens zu nennen. Logiſcher iſt es, wenn die En länder, welche zwiſchen *the chief actor in the offence* un *accessory* unterſcheiden, etwa wie die Franzoſen *auteurs* un *complices*, von *accessories before the furt* und *after* reden. Vgl. Blackstone Comm. B. IV. ch. 3. De chief actor wird auch *principal* und der accessory au *partaker of his guilt* genannt. Auch dieſe Idee verdie Berückſichtigung, indem der Ausdruck Theilnehmer an de Schuld bezeichnender iſt, als Theilnehmer am Verbre chen, wenn man das Wort Theilnehmer allgemeiner brauchen will. Daß es an ſich keine ganz deutliche Vorſtellu von der Sache giebt, beweiſt auch der Umſtand, daß man fr her insbeſondere die Gehilfen mit dieſem Worte bezeichne zu müſſen meinte. Vgl. Meister princip. jur. crim. ed. Gott. 1811. §. 42. — Mit der oben angeführten Stel Hefftér's iſt auch zu vergleichen Feuerbach §. 48. §. 11 §. 51. §. 50, wo von intellectuellen und phyſiſche *Gehilfen* die Rede iſt.

21) *Lehrbuch* §. 80.

und in bloße Gehilfen oder Beiſtänder, ſagt, die Haupttheilnehmer könne man eigentlich *socii principales* nennen [22]), wenn man erſt vergeſſen könnte, daß Andere und namentlich Feuerbach hiermit nur die Kategorie der Hauptgehilfen bezeichnen wollen, nebſt welchen, nach Hefftter, zu den Haupttheilnehmern auch die Anſtifter gehören. Hat Hefftter hiermit ſagen wollen, den letztangeführten Ausdruck habe Feuerbach auf eine mit den Quellen nicht übereinſtimmende Weiſe gebraucht, und hat er hierin Recht? Die erſte Frage zu beantworten, bin ich nicht im Stande, und was die zweite angeht, ſo ſoll ihre Beantwortung Reſultat unſrer ganzen Unterſuchung ſeyn; denn eben den Begriff von *socius* in Beziehung auf *delicta*, wie er in den römiſchen Rechtsquellen vorliegt, näher zu erörtern, iſt der Zweck dieſer Abhandlung. Der Ausdruck *socius principalis* kommt im römiſchen Criminalrechte gar nicht vor, wohl aber iſt von *reus principalis* die Rede, wie ich ſchon oben bemerkt habe [23]). Ob damit die Römer daſſelbe verſtanden, was die Engländer unter *chief actor* oder *principal* verſtehen, oder das, was auch die Franzoſen zuweilen durch *accussé principal* und ſelbſt *auteur principal* ausdrücken, iſt hier von uns nicht näher zu erörtern [24]).

22) Lehrbuch §. 83. Not. 1. vgl. mit §. 82.

23) Vgl. oben Not. 4. und 8. L. 5. C. de accusat. mit L. 6. §. 4. C. de his qui ad eccles. confug.

24) Wenn man den Ausſpruch Blackſtone's vergleicht, bei dem Verbrechen des Hochverraths gebe es keine *accessories*, ſondern blos *principals*, ſo ſcheint die Benennung *principal* faſt eine ähnliche Rückſicht beſtimmt zu haben, als Feuerbach bei der Wahl des Ausdrucks Urheber, wie wir oben gezeigt haben, beſtimmte. Die Benennung iſt übrigens ſchon alt, obiger Grundſatz in der Lehre des Hochverraths aber iſt zuerſt vom Lordoberrichter Coke in ſeinen Inſtitutionen feſtgeſtellt worden, wie uns Foſter berichtet in der trefflichen Abhandlung: *Discourse of accomplices* in high treason and other *capital offences*, welche er als dritte Zugabe zu ſeinem Be-

Soviel aber kann als gewiß behauptet werden, daß darunter nicht alle diejenigen zu verſtehen ſind, die Feuerbach unter dem gemeinſchaftlichen Namen von Urheber, und

---

port of some proceedings etc. London 1809. p. 341 u. f. drucken ließ. S. 341. ſagt er, er habe das Wort *accomplice* gewählt, weil es alle *participes criminis* in ſich begreife, ſowohl bei Hochverrath als andern Verbrechen, und zwar bei letzteren ohne Unterſchied, ob ſie im engeren geſetzlichen Sinn als *principals* erſten oder zweiten Grads, oder als *accessories* vor oder nach der That zu betrachten ſeyen. Die Maxime des engliſchen Rechts: *accessorius* sequitur naturam *principalis*, bei Blackstone a. a. O., d. h. daß ein *accessorius* kein höheres Verbrechen begehen könne als ein *principalis*, iſt, nach der Natur der Sache betrachtet, wohl in Zweifel zu ziehen, eben ſo wie die auch von Mittermaier zu Feuerbach §. 46. Not. IX. erwähnte Regel des franzöſiſchen Rechts: qu'il n'y a point de *complices* sans un *fait principal*, à l'exécution duquel ils se rattachent, wenn man ſie ſo ausdrückt, wie es in der Théorie du Code pénal von Chaveau und Hélie Tom. III. pag. 117. heißt: s'il n'y a pas de fait principal, s'il n'existe pas de crime, il ne peut y avoir de *participation criminelle* à ce fait de complices de ce crime. Nach dieſen Worten ſollte man glauben, derjenige, der einen unzurechnungsfähigen Menſchen z. B. zum Mord anſtiftet, könne nicht beſtraft werden, was gewiß falſch iſt. Die Verfaſſer des oben genannten Werks haben übrigens nach Tom. III. pag. 105. als Gattungsbegriff *participants à un même crime* angenommen, und als Arten davon *auteurs principaux* und *complices* nach franzöſiſchem Recht dargeſtellt. Dies iſt übrigens nicht ganz richtig. Der Ausdruck *auteurs principaux* kommt meines Wiſſens im Geſetzbuche gar nicht vor, obgleich ihn ſchon Legraverend traité de la legisl. criminelle 2e ed. 1824. Tom I. p. 135. gebrauchte, der übrigens jeden im Momente der That Helfenden, ſey es auch nur durch Wachеſtehen, zum *auteur* oder *auteur de complicité* genannt wiſſen wollte, etwa wie die Engländer *principal* jeden bei der That ſelbſt Mitwirkenden nennen, wenn er auch nicht an dem Theil nimmt, was das Verbrechen ſelbſt begründet. Uebrigens hat er auch richtig bemerkt, daß das Wort *complices* im franzöſiſchen Recht oft allgemeiner von jedem genommen wird, *qui a pris part au crime*, und ſo wird noch oft das Wort *participe* in einem ſpecielleren Sinn ſelbſt in den Geſetzen genommen; vgl. Code pénal art. 132. 134. mit 198. 359. — Oefters wird auch im Franzöſiſchen von *accusé principal* und *coaccusé* geſprochen, wie im Geſetzbuch von *auteur* und *complices*.

ſter unter der gemeinſchaftlichen Benennung Haupt-
ilnehmer begriffen wiſſen will, indem ja be-
nt in L. 5. C. de accusation. der *mandator* vom
principalis unterſchieden wird, in L. 6. §. 4. D.
ad eccles. confug. den daſelbſt genannten *princi-
s personae* die *socii* seu *participes* entgegengeſetzt
allgemein alle unter der gemeinſchaftlichen Benennung
isdem causis obnoxiorum personae begriffen zu
en ſcheinen. Die Hauptgehilfen auch nach
erbach's Terminologie, welche von ihm unter Ur-
en mit begriffen werden, die aber Hefter auch Mit-
ter nennt und die er nebſt dem eigentlichen Thäter
Anſtifter als Haupttheilnehmer im Gegen-
bloßer Gehilfen darſtellt, ſind, nach Letzterm, ſchon
Gandinus und Clarus als *auxiliatores qui
sam delicto praebuerunt* bezeichnet worden. Zu-
h wird bemerkt, dieſe älteren italieniſchen Juriſten
en dieſelben auch ſchon dem eigentlichen Thäter gleich-
llt [25]). Auch ſollen, wie Hefter, ſich auf Roß-
t berufend, ſagt, die älteren italieniſchen Juriſten,
nach ſeiner Anſicht Haupttheilnehmer zu Ren-
en als ſolche *qui causam criminis praebuerunt*
als *rei criminis* bezeichnet haben [26]). Ich kann
Bemerkung Hefter's nicht völlig gegründet finden.
h weniger kann ich der Anſicht Roßhirt's beiſtim-
, wenn er aus einer von ihm wörtlich angeführten
le des Gandinus genügend erkennen zu können
te, daß der Unterſchied zwiſchen Urheber oder ſol-
qui causam dant criminis, und Gehilfen oder
iliatores erſt allmählig und in Folge einer Contro-
aus nichtrömiſchen Anſichten ſich hervorbildete, ob-

[25]) Lehrbuch §. 83. Not. 3.
[26]) A. a. O. Not. 2.

gleich man durch mißverſtandene römiſche Stellen ihn befeſtigen geſucht habe [27]). Ich kann aus der etwas ängſtlichen matiſchen Darſtellung nicht recht entziffern, welche Stellen des römiſchen Rechts von den italieniſchen Juriſten des Mittelalters in dieſer Lehre eigentlich ſollen mißverſtanden worden ſeyn. Im Allgemeinen aber bin ich der Ueberzeugung, daß dieſe Juriſten ſich viel treuer an den römiſchen Sprachgebrauch gehalten haben, als die Juriſten der neuern ſogenannten philoſophiſchen Zeit, die öfters auf eine lächerliche Weiſe, beſonders zur Zeit als das Philoſophiren noch mit dem Lateinſchreiben zuſammentraf, die Bedeutung römiſcher Worte aus der Vernunft haben demonſtriren wollen, wovon ich nur ein Beiſpiel anführen will aus dem Werke eines für Theorie und Praxis gleich verdienſtlich geachteten Schriftſtellers, J. S. Böhmer's [28]). In der hier genannten Stelle ſeiner Observationes zu Carpzow, dem *socii* und *complices* nach der Lehre älterer auch mit den römiſchen in dieſer Hinſicht übereinſtimmender Juriſten ein und daſſelbe war, findet ſich wörtlich Folgendes: „*Socium* criminis duo nomino, non eum tantum qui *satellitem* egit aut *realem* operam in exsecutione delicti tulit, intelligo, sed etiam qui *concursu* suo aliquid ad *effectum* inprimis contulit. Neque aliam notionem

27) Entwicklung der Grundſätze des Strafrechts S. 253. vgl. mit S. 251. und 252.

28) Vgl. deſſen Observ. III. zu Carpzovii Practic. Nov. Rer. crim. Part. III. qu. 121. nr. 27. pag. 244. — Ich will hier nur noch an ſeine Meditationes erinnern und an ſeine Elementa jurisprudentiae criminalis in usum auditorum commoda methodo adornata, welche zum erſten Male 1738 zum ſechsten Male 1774 erſchienen, in der Geſchichte der Wiſſenſchaft hervorgehoben zu werden pflegen. Vgl. Martini Lehrbuch des Criminalrechts, 2te Ausg. §. 8., wo auch des Verfaſſers Anſicht über den Werth ſeiner Elementa aus der Vorrede zu ſeinen Observatt. pag. VII. mitgetheilt iſt.

recta *ratio* suggerit, cui *participem* et *socium* delicti esse, *paria* sunt .... *Consulentium* itaque *instigantium*, *mandantium* eadem ratio ac sors"[28]). Iſt es aber ein anderes Verfahren, wenn der Führer einer neueren philoſophiſchen Schule im Criminalrecht, Feuerbach, den Gebrauch des Wortes Urheber davon wollte abhängen laſſen, in welchen Fällen die Natur der Sache erfordere, daß Gleichheit der Strafe Statt finde? Doch gab es auch unter den Juriſten des achtzehnten Jahrhunderts Einige, die der Ueberzeugung waren, daß auch bei dem Schreiben eines Compendiums des Criminalrechts, wenn man ſich dazu der lateiniſchen Sprache bedienen wolle, das Wort *socius* am beſten in dem Sinne gebraucht werde, den dieſem Worte die Quellen geben. Ich will hierbei nur Püttmann's Erwähnung thun, von dem man weiß, daß er ſich den Ruf eines eleganten Juriſten erworben hat, und der nach Erwähnung der von Einigen gemachten Unterſcheidung zwiſchen *coauctores* und *socii* oder *meri auxiliatores* mit Berufung auf Briſſonius bemerkte: „In legibus certe nunquam occurrit *coauctor*, saepissime autem *socius caedis*, *societas scelerum*", und im Sinne dieſer Geſetze auch von *socius criminis* ſprach [30]). Doch theilte er, eben nicht nach Anleitung der Quellen, ſie in *aequales* und *inaequales* ein, rechnete aber zu dieſen, mehr mit Ausdrücken der Quellen, diejenigen, qui facinorosis opem tantum et auxilium praestant aut alia ratione e. g. consulendo, laudando haud im-

28) Vgl. deſſen Elementa jurispr. crim. Sect II. Cap. I. §. 25. und 26., wo die Rede iſt de *concursu* quo quis accedit ad crimen vere ab alio commissum, *proximo* et *remoto*, und als beſonderer Art *criminis societatem ineundo* im beſondern Sinne des Complotts.

30) Vgl. deſſen Elementa *juris* criminalis, die zuerſt 1779 erſchienen, Ausgabe von 1802. §. 50.

pediendo tacendo *delicti participes* fiunt, zu jenen die *delicti auctores*, worunter er wieder nicht blos solche begriffen zu haben scheint, welche die römischen Juristen unter diesem Ausdrucke verstanden. Auch sagte er, socii criminis könnten Mehrere auf zweifache Weise werden: primum si plures ipso actu ad idem facinus concurrunt, deinde si unus causa delicti *moralis*, alter ejusdem causa *physica* est. Hierin, wie in Böhmer's oben erwähnter Unterscheidung zwischen reeller Theilnahme und Theilnahme durch Anstiftung und dgl., liegen die ersten Keime der später in Aufnahme gekommenen Unterscheidung zwischen intellectuellen und physischen Urhebern, wofür man auch in lateinisch geschriebenen Büchern *auctor intellectualis* und *physicus* gebrauchte. Wie aber der praktisch-verständige Bauer [31]) jüngsthin den Gebrauch jener Bezeichnungen auch in der Doctrin verwarf, weil sie undeutsch und nicht einmal so bezeichnend wären, als die von ihm gebrauchten Worte Anstifter und Thäter, so sollte man auch endlich anfangen, diese unlateinischen Ausdrücke aufzugeben, von denen ich wohl nicht zu sagen brauche, daß sie in den römischen Rechtsquellen nicht vorkommen [32]). Auch fehlt es den römischen Quellen nicht an passenden Ausdrücken für Bezeichnung der Begriffe. Den Thäter

31) Abhandlungen Bd. I. S. 430. Note *.

32) Wächter römisch deutsches Strafrecht Th. I. §. 87 u. f. Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, Neustadt a. d. H. 1836 §. 72 u. f., und Marezoll das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen §. 32 u. f., haben, überhaupt mehr an die Quellen sich haltend, die genannten lateinischen Ausdrücke weggelassen. Doch spricht Ersterer von *socii sensu generali* und *socii sensu strictiori*, der Zweite von *auctor delicti* und *socius delicti*, eben so der Dritte und nebstdem von *coauctores* oder sogenannten *socii aequales*, auf eine Weise, die mit den Quellen nicht ganz zusammenstimmt. Auch Bauer gebraucht die Ausdrücke *auctor delicti* und *coauctores*.

nnen ſie auch mit der natürlichſten Bezeichnung *factor*, nd *auctor* bedeutet in den meiſten Fällen Niemand an- rs, als den Anſtifter. Statt *factor* findet man ohl auch *maleſactor* und nach Beſchaffenheit der einzel- n Verbrechen aggressor[33]), percussor, raptor, con- rectator u. dgl.[34]). Daß derſelbe unter dem *reus rincipalis* gemeint ſey, von dem ſchon oben geſprochen urde, läßt ſich aus einer Stelle von Paulus ſchließen[35]),

---

33) *Aggressor* wird heut zu Tage noch vom Thäter in Portu gal gebraucht, und die Mitſchuldigen heißen *socios*, welche auch von den Portugieſen in *aequales* und *inaequales* ge theilt werden. Jene heißen auch *correos*, dieſe insbeſondre *complices* oder *auxiliadores*, wozu noch die *receptadores* gerechnet werden. Sonſt iſt die Unterſcheidung zwiſchen *cor- reos* und *complices* etwas ſeltſam, aber nicht mit Berufung auf deutſche Schriftſteller angegeben bei Pereira e Sousa classes dos crimes, Lisboa 1816. pag. 6. not. 10. In P. J. Mellii Freirii institutiones juris criminalis Lusitani, Olisipon 1794, wird kürzer zwiſchen *agentes* und *complices* unterſchieden. Unter die erſten ſind nicht blos der qui factum ipsum illicitum perpetravit, ſondern auch qui eidem patrando adfuerunt vel *auctorem* illius opera et facto juverunt, et qui *societatem* ad delinquendum fece- runt gerechnet, mit andern Worten auch diejenigen, welche der erſte Schriftſteller *correos* nennt. Der Begriff von *com- plices* findet ſich bei beiden mehr übereinſtimmend entwickelt. Beide Schriftſteller rechnen auch den *qui mandat* dazu, wel- cher aber unter Umſtänden der Erſte *aggressor principal* nennt, während der Zweite den *qui jussit* nach Umſtänden als *auctor principalis* darſtellt. Die Verſchiedenheit der Strafe bildet bei beiden das Hauptfundament der Eintheilung.

34) Daher findet man eben ſo wie *factores* et *conscii* in L. 1. §. 21. D. de SCto Syl., in L. un. C. de rapt. virgin. *raptor* et *conscii*. Vgl. *Adgressor* und *receptor* in L. 3. §. 3. D. de incendiis, *sollicitator*, quia opem consilium *contrectatori* tulit. L. 36. §. 1. D. de furtis. Cf. L. 1. C. de fals. mon. qui *ministerium* praebuit cum eo qui *fecit*. — *Qui propositum non protexit cum posset*, in pari causa *factori* habendus L. 6. §. 8. D. de re mil.

35) R. S. III. tit. 5. §. 1., wo zwiſchen *percussor* und *caedis mandator* unterſchieden wird, wie in L. 5. C. de accusat. zwiſchen *principalis reus* und *mandator facti*. Vgl. auch qui *suis manibus fecit* et qui alii *mandat* L. 1. §. 5. D. de *jurisdictione*, *percussor* et *caedis mandator* L. 6. pr. D. *ad SC. Sylanianum*.

und daß man ihn zuweilen ſelbſt mit dem einfachen Worte *reus* bezeichnete, davon giebt uns derſelbe Paulus ein auch noch in andrer Hinſicht merkwürdiges Beiſpiel mit den Worten: In *reum* Majestatis inquiri prius convenit, quibus *opibus*, qua *factione* quibus hoc *auctoribus* fecerit [36]). Daß hier von dem Thäter die Rede iſt, der nach ſeinen Gehilfen, nach ſeinen Mitverſchwornen und Anſtiftern gefragt werden ſoll, kann wohl keinem Zweifel erliegen [37]), und wird durch eine andre Stelle deſſelben Schriftſtellers beſtätigt, wo dem *reus* die Letztgenannten alle unter dem gemeinſchaftlichen Namen *socii* entgegengeſetzt werden, mit folgenden Worten: „Si suspectione aliqua *reus* urgetur, adhibitis tormentis de *sociis* et sceleribus suis confiteri compellitur [38]). Ich brauche wohl nicht

---

36) R. S. V. tit. 29. §. ult. Vgl. damit L. 1. C. de his latrones, wo zwiſchen *reus* unterſchieden wird und den, *reum occultando sociavit*, auf welche Stelle wir in anderer Hinſicht zurückkommen müſſen. Statt *auctoribus* in der erſten Stelle leſen Einige *auctoritatibus*.

37) Das Wort *factio* bedeutet bald Complott, z. B. L. 5. §. 3. §. 4. et 7. D. ad leg. Jul. Majestatis, wo damit gleichbedeutend noch *societas* ſteht, bald Bande, wofür auch beide Worte, doch vorzugsweiſe das erſte, ſonſt nach *conscientia* ſteht, in Beziehung auf *latrones* L. 11. §. 2. D. de poenis, L. 39. §. 4. D. ad leg. Jul. de adulter., L. 16. pr. D. de poenis. In letzter Stelle wird die *latronum conscientia* nebſt der *conjuratio* oder *conspiratio* unter die *puniendae consilia* gezählt. Vgl auch *socii vectigalis* in L. 3. §. 1. D. de public. und *publicanorum factiones* L. 12. pr. D eodem und Bauer Abhandlungen Bd. I. S. 444. Not. ** über *societas* und *conjuratio*. Vgl. ferner L. 1. D. de effract. L. 13. D. de cust. reor. über *conspirare* und *conspirator*.

38) R. S. V. tit. 14. §. 1. Vgl. auch L. 16. C. de quaestionibus: Majestatis tantummodo *reos* et *conscios* et *molientes* ex ordine municipali, manent tam cruenta condicio. Daß auch unter *conscii*, welches gar oft in den Quellen alle den ſpeciellen Bedeutungen von *socii* Theil nimmt, und ebenfalls eine genauere Erörterung verdiente, wodurch manche heute zu Tage noch praktiſche Controverſe entſchieden werden könnte, hier blos diejenigen verſtanden werden, von denen es in L.

eſonders darauf aufmerkſam zu machen, wie wichtig beide Stellen auch ſonſt noch für die Bedeutung der Worte *autores* und *socii* ſind, über welche ſchon Einiges oben bemerkt worden iſt und nun noch eine nähere Erörterung gegeben werden ſoll. Insbeſondere gilt dies den Begriff von *socius*. In Beziehung auf den Begriff von *auctor* iſt jedoch auch noch Einiges zu bemerken, und zugleich iſt noch eine oben angeregte Frage zu erledigen, ehe wir zu einer Unterſuchung übergehen. Unſtreitig heißt *auctor*, bei andern klaſſiſchen Schriftſtellern wohl auch *actor* [39]), oder *coactor* [40]) oder *motor*, oft in den römiſchen Quellen daſſelbe, was wir durch Anſtifter oder intellectuellen Urheber andeuten, und was im Beſondern noch durch mandator, suasor, sollicitator, impulsor, qui consilium dedit et hortatus est ad faciendum bezeichnet wird, oder durch die Worte: is cujus *dolo, consilio instinctu* factum est, obſchon auch von einigen der ſo bezeichneten Perſonen geſagt wird:

---

pr. C. ad L. leg. Jul. Maj. heißt: *qui scelestam inierint factionem*, ſcheint in L. 16. C. der Beiſatz *quae nefanda dicta sunt* anzudeuten, und das Wort *motientes* in L. 16. C. ſcheint auf den *conatus* und auf diejenigen zu gehen, die in L. 5. §. 4. C. ad leg. Jul. Maj. als ſolche bezeichnet werden, *qui de ineunda factione ac societate cogitaverint*. Im beſonderen Sinn iſt aber dann L. 5. §. 6. von *satellites*, *ministri conscii* derjenigen die Rede, die nach L. 5. pr. *utpote Majestatis rei* beſtraft werden ſollen. Vgl. auch mit §. 4. die Worte *in exordio initae factionis* und *qui usus fuerit factione* in §. 7.

39) *Dux actor et auctor* bei Cicero pro Sextio 28. vgl. pro Caecina cap. 12., über welche Stelle ich gegen die Anſicht Savigny's mich näher erklärt habe im Archiv IX. S. 408. Meine Interpretation zu billigen ſcheint Ziegler, Observationes juris crim. Pars I. Lipsiae 1838. pag. 19. Not. 53.

40) *Non tantum dux, sed et adjutor et quasi coactor*, bei Seneca epist. 52. Das Wort adjutor kann hier auch von dem verſtanden werden, *qui suadendo adjuvat*, wie es in *L. 16. pr. D. de poenis* heißt.

ejus *ope* factum est [41]), welcher Ausdruck ſonſt von jenem beſtimmt unterſchieden, und in dieſem ſeinem Unterſchiede erklärt wird in einer Stelle [42]), die wohl geeignet ſeyn dürfte, Wächter's Behauptung zu widerlegen: „das römiſche Recht unterſcheide die Begriffe von Thäter, Urheber, Miturheber, Gehilfen, Begünſtiger nicht genau, indem es, wie das engliſche und neuere franzöſiſche Recht zwiſchen den verſchiedenen Theilnehmern in Beziehung auf die Strafbarkeit in der Regel keinen Unterſchied mache." [43]) Auch Luden kann ich nicht beiſtimmen, wenn er ſagt: was die intellectuelle Theilnahme betrifft, ſo unterſcheide das römiſche Recht nicht ſo ſcharf zwiſchen Urheberſchaft und bloßer Beihilfe und Begünſtigung, als es die neuere Wiſſenſchaft gethan habe [44]). Wir müſſen

41) Ope consilio sollicitatoris L. 11. §. 2. D. de serv. corr. Sollicitator, quia opem consilium contrectatori tulit L. 36. §. 2. D. de furtis.

42) *Consilium* autem dare videtur, qui *persuadet* et *impellit* atque *instruit consilio* ad furtum faciendum. *Opem* fert qui *ministerium* atque *adjutorium* ad subripiendas res praebet L. 50. §. 1. 2. 3. D. de furtis vgl. mit L. 52. §. 19. D. eod. tit.. Daher bezeichnet auch *minister* gewöhnlich den Gehilfen, wie in der hieneben ſchon angeführten L. 5. §. 6. C. ad leg. Jul. Maj., wogegen *socius* in dem beſondern Sinne von Gehilfen nicht vorkommt, auch nicht L. 50. §. 1. D. de furtis, die auch Luden nicht hinreichend berückſichtigt hat, Abhandlungen Bd. II. S. 364., wie weiter unten erhellen wird. — Es ſind jedoch ſonſt von ihm L. 50. §. 1. und L. 54. §. 4. gut als Beiſpiele von Gehilfen angeführt, und die Worte *socii* und *conscii* auch ſonſt z. B. S. 254. 255. in ihrer richtigen Bedeutung aufgefaßt. Vgl. auch Bd. I. S. 292 u f., beſonders S. 293. 301. und S. 298., wodurch die Bemerkung, mit *socius* ſey *conscius* gleichbedeutend, wohl zu allgemein iſt.

43) Römiſch-Teutſches Strafrecht Bd. I. S. 145. §. 88.

44) Abhandlungen Bd. I. S. 293. Vgl. noch S. 360. u. S. 442. Vgl. auch noch über den römiſchen Sprachgebrauch L 3. §. 8. D. de incendio: eos quorum *fraude* et *consilio* naufragi suppressi. L. 16. §. 8. D. de injur. *Facere convicium* und *fieri curare*, oder *vociferari* und *conciture ad vociferandum*.

wenigſtens zwiſchen Strafbeſtimmungen und Begriffsbeſtimmungen unterſcheiden. Das Wort *consilium* bezeichnete freilich viel, oder es war vielmehr ein allgemeiner Ausdruck eben für das, was unſere Neueren mit dem weder deutſchen noch lateiniſchen Worte intellectuell bezeichnen; und wie die Neueren dieſes gebrauchen, um ſowohl eine Art der ſogenannten Urheberſchaft, als eine Art der Beihilfe auszudrücken, ſo gebrauchen jenes die Römer von dem *qui persuadet et impellit* ſowohl, als von dem, *qui instruit consilio*. Das Letztere nannten ſie auch *suadendo adjuvare*, das in L. 16. pr. D. unter die *punienda consilia* gezählt wird, und gewiß fühlten ſie den Unterſchied deſſelben von *persuadere* eben ſo gut, als wir den Unterſchied einſehen, der zwiſchen dem Helfen durch Rathertheilen und dem Ueberreden beſteht. Es heißt ja ſogar in L. 1. §. 3. D. de servo corrupto: *Persuadere* plus est quam *compelli atque cogi sibi parere* [45]), und dies läßt uns dann auch nicht zweifeln, daß ſie zwiſchen dem, was *persuadere* ausdrückte, oder dem *hortari ad faciendum* und dem bloßen *instruere consilio* oder *suadendo adjuvare* den Unterſchied ſehr gut begriffen, obgleich ſie noch von dem letztern in Beziehung auf Strafbeſtimmung ſagten: *sceleris est instar*, dagegen *consilium dare* im erſten Sinne, z. B. *hortari ad furtum faciendum*, nach Umſtänden für ſtraflos erklärten. Hiernach läßt ſich's auch recht gut begreifen, warum von gewiſſen Perſonen geſagt wird: *opem et consilium tulerunt*, indem unter erſtem Worte hier das *suadendo ad-*

45) Vgl. mit L. 1. §. 3. D. L. 3. pr. L. 5. §. 1. D. de servo corrupto und L. 36. D. de furtis. Hier iſt jedoch *persuadere et malum consilium dare* an ſich ſtraflos erklärt, wie nach L. 11. I. de oblig. quae in delicto das consilium dare *et portare ad furtum faciendum* keine Schuld begründet.

juvare oder *instruere consilio*, unter dem zweiten aber das *persuadere* oder *impellere* verſtanden wird, und gerade bei dem *sollicitator*, von welchem obiger Ausdruck gebraucht wird, findet gewöhnlich Beides Statt [46]). Wir brauchen alſo aus dieſem Ausdruck nicht im mindeſten auf ein Nichtbekanntſeyn mit den richtigen Begriffen zu ſchließen. —

Ueber die behauptete Bedeutung des Wortes *auctor* wird es übrigens nicht nöthig ſeyn, mehrere Beweiſe beizubringen [47]). Ich will allein nur noch auf den *auctor*

---

46) Cf. L. 11. §. 2. D. de servo corrupto und L. 36. §. 2. D. de furtis. Vgl. jedoch auch L. 53. §. 2. D. de V. S. L. 36. pr. D. de furtis, L. 52. §. 19. D. eod. tit. und §. 31. I. de obligat. quae ex delicto.

47) Vgl. jedoch noch L. 4. §. 4. D. de vi bonor. rapt., wo zwiſchen dem qui *damnum dedit* und dem qui *dolo fecit*, *ut damni quid daretur*, unterſchieden wird, welcher letztere L. 4. §. 5. mit den Worten: qui *fuit auctor damni dandi*, in L. 4. §. 14. mit den Worten: qui *causam praebuit damni dandi* (obgleich dies auch geſagt wurde in Fällen, wo das *consilium damni dandi* nicht vorhanden war) bezeichnet zu werden ſcheint. Von dem letztern wird übrigens auch geſagt *damnum dedit*, aus demſelben Grunde, aus welchem es in L. 12. D. ad leg. Jul. de adulteriis heißt; die Worte: Nequis stuprum *facito* begriffen ſowohl den, qui *suasit*, als den, qui stuprum *intulit*, oder aus welchem in L. 15. D. ad leg. Corn. de sicariis geſagt wird: *Mandator* caedis pro *homicida* habetur. Dieſelbe Idee drücken die unmittelbar vorhergehenden Worte aus: Nihil interest, *occidat* aliquis, an *causam mortis praebeat*, welche jedoch nicht blos auf den *mandator* ſich beziehen, ſo wie auch das Wort *occidere* nicht überall dieſe Bedeutung (daß es nämlich den, *qui mortis causam praebuit*, in ſich begriff) hatte, wie man aus L. 7. §. 6. D. ad leg. Aquil. ſieht. Vgl. L. 51. D. eod. tit., jedoch auch L. 36. D. eod. tit., wonach die Klage dieſes Geſetzes zuweilen auch gegen den *qui jussit* Statt fand, obſchon in der Regel nur gegen den *qui fecit*, während bei Anklagen nach Corneliſchem Geſetze eine andre Regel galt. Vgl. auch L. 1. D. ad leg. Pompej.: qui *occiderit* cujusque *dolo malo id factum erit*. Hier ward gewiß auch unter jenem Wort oft dieſe Handlung begriffen, wie es ſogar L. 8. D. ad leg. Jul. de adult. heißt: *quasi adulter* punitur, qui *domum suam ut adulterium fieret, sciens praebuit*. — Die Worte *delicti causam praebere* wurden im letzten Falle wohl auch

seditionis tumultusve, von dem in den Quellen häufig die Rede iſt, aufmerkſam machen, und jeder die Stellen, worin dieſer Ausdruck vorkommt, unbefangen Beurtheilende wird ſich leicht überzeugen, daß damit nicht die Tumultuanten, die eigentlichen Thäter bei dieſem Verbrechen, gemeint ſeyen, ſondern der Anſtifter von Aufruhr und Tumult, den auch das Wort Aufrührer nach ſeiner urſprünglichen Bedeutung allein bezeichnet [48]). Freilich ſind auch Stellen, in welchen die Bedeutung von *auctor* und *actor* [49]) zweifelhaft zu ſeyn ſcheint, aber dieſe können

---

angewandt, wie ſie in einer andern oben angeführten Stelle auf das *furenti gladium porrigere* bezogen werden. Sie waren jedenfalls von allgemeinerer Bedeutung, etwa wie bei vielen unſrer Criminaliſten das Wort Urheber, und gaben vielleicht zum Gebrauch des Worts Urſacher in der Carolina Anleitung. — Noch eine wichtige Stelle iſt L. 3. D. de noxalib. act., wo es heißt: aliud est *auctorem esse servo delinquenti*, aliud *pati delinqui* Hier kann kein Zweifel obwalten, daß unter jenem auctor der motor zu verſtehen iſt, eben ſo wie in L. 3. C. ad leg. Maj. unter den Worten *cujus consilio et instinctu* etc., der daſelbſt auch unter die *commissi conscii* gezählt wird. Vgl. auch nequis *auferat* neve *faciat quoquis auferat* L. 1. pr. D. ad leg. Jul. peculatus.

48) Cf. L. 2. C. de seditiosis, wo seditionis et tumultus *auctores* und L. 38. §. 2. D. de poenis, wo *actores* ſteht. Cf. L. 3. §. 4. D. ad leg. Corn. de sicar. L. 1. D. ad leg. Jul. Majestatis. L. 5. C. de his reis ad eccles. confug. L. 3. pr. D. ad leg. Jul. de vi publica. Die richtige Auffaſſung der Bedeutung jener Worte iſt heut zu Tage noch praktiſch wichtig, da Karl V. auf dieſelben Rückſicht genommen zu haben ſcheint bei Beſtrafung derjenigen „die Auffrur des Volkes machen", worunter auch nur die Aufruhrſtifter gemeint ſeyn können.

49) In L. 1. §. 5. D. de servo corrupto iſt von dem die Rede, *qui servo persuadet* ut injuriam faceret, oder *si actori suasit*, ut rationes dominicas intercideret. Hier iſt unter *actor* natürlich nicht der *suasor* ſelbſt oder Anſtifter gemeint, aber auch nicht etwa der Handelnde und Thäter, ſondern der Rechnungsführer ſeines Herrn. In L. 10. D. de servo corrupto iſt die Rede von *princeps delicti*, worunter nicht der Thäter, wie ſonſt unter *principalis reus*, ſondern der Anſtifter oder *auctor delicti* d. h. der corruptor servi zu ver-

als eine ſeltene Ausnahme betrachtet werden. Und ſelbſt in den wenigen Fällen, wo *auctor* eine andre als die oben behauptete Bedeutung hat, bezeichnet es nicht ſowohl den Thäter, oder den, welchen die Neueren Urheber nennen, als vielmehr überhaupt den Schuldigen [50]). Das Wort Urheber in der weiten Bedeutung, wie es neuere Criminaliſten nehmen, indem ſie darunter den eigentlichen Thäter, den Anſtifter und den ſogenannten Hauptgehilfen verſtehen, läßt ſich, wenn wir dabei den Thäter ausnehmen, römiſch am beſten durch die Worte ausdrücken: *qui causam delicti praebuit* [51]), und in ſofern die Römer auch dieſe dem Thäter gleichſtellten und ſelbſt den Namen des Thäters ihnen beilegten oder ſie unter dem Namen *factores* mitbegriffen [52]), könnte man von ihnen auch mit ächt römiſchen Worten ſagen: *factores*

ſtehen iſt, der aber freilich hier auch gewiſſermaßen *principalis reus* oder eines ſelbſtſtändigen Verbrechens ſchuldig iſt, etwa wie derjenige, der den Soldaten zur Deſertion anleitet, auch in Frankreich nicht complice de desertion, ſondern ſchuldig eines eigenen Verbrechens, embauchage, wird. Daß übrigens *princeps* auch ſonſt ſoviel als *auctor* heißt bei Livius und Cicero, der von dux et princeps conjurationis, princeps et architectus sceleris redet, iſt bekannt. Vgl. pro Cluentio 72. in Verrem V. 16.

50) Z. B. in L. 22. C. de poenis: *Peccata suos teneant auctores*, das in Verbindung mit dem Vorhergehenden ibi esse poenam ubi et *noxia*, procul a calumnia submovemus *quos reos sceleris societas non facit* nichts weiter heißt, als die Strafe ſoll den Schuldigen treffen. So ſind auch die Worte: sicut se *quasi auctorem hujusmodi delicti* poenae capitali subjugandum, zu verſtehen. Das Delict iſt hier übrigens Verfaſſer eines *libellus famosus*, und natürlich kann auch der Verfaſſer ſelbſt *auctor libri ad infamiam alicujus scripti* genannt werden, wo wir aber im Deutſchen wohl nicht leicht von Urheber der Schrift, wohl aber von Urheber der Verläumdung reden, in ſofern der *auctor libelli* oder Verfaſſer der Schrift *causam praebuit infamiae alterius*, d. h. einen Andern in übeln Ruf brachte.

51) Die Beweiſe liegen in Note 47.

52) Auch *dies* erhellt mit aus den in Note 47. angeführten Stellen.

esse intelliguntur. Dennoch ließe ſich der nach unſrer Anſicht eigentlich allein ſo zu nennende Urheber, d. h. der Anſtifter, noch eher intellectueller Thäter [53]) nennen, wenn doch das Wort intellectuell auf ihn angewandt werden ſoll, wogegen das Wort phyſiſcher Urheber für den Thäter weniger paßt nach der von uns angenommenen Grundbedeutung des Worts Urheber, ja eher von einem phyſiſchen Thäter geſagt werden könnte; wie denn auch die Römer vom eigentlichen *factor*, der nicht blos *quasi factor punitur* zuweilen gegenüber dem *mandans* ſagten: *manibus suis fecit* [54]). Der gewöhnliche Gegenſatz war jedoch *auctor* und *factor.* Vielleicht war urſprünglich *actor* und *factor* noch mehr in Gebrauch, etwa wie man im Deutſchen von Rath und That, von Hehler und Stehler u. dgl. beſonders früher zu reden beliebte. Auch hat der römiſche Sprachgebrauch das römiſche Reich überlebt, indem wir noch in einem Briefe des Papſtes Nikolaus in Beziehung auf die Biſchöfe, die Kaiſer Lothar's Eheſcheidung und zweite Ehe begünſtigt hatten, die Worte *auctores* et *factores* finden [55]). Dagegen werden in den Capitularien ſchon in Beziehung auf ein durch Conſpiration

---

53) Aus andern Gründen war Stübel der Meinung, man ſollte, anſtatt mit Feuerbach von unmittelbarem und mittelbarem Urheber zu reden, zwiſchen unmittelbarem und mittelbarem Thäter unterſcheiden.

54) L. 1. §. 5. D. de jurisdictione. Vgl. auch *injuria* quae *manu* fit von der Realinjurie im Gegenſatz der Verbalinjurie in L. 5. pr. D. de injuriis. Auch haben wir oben geſehen, daß ältere Rechtslehrer von *opera realis* in Beziehung auf das, was Neuere mit *concursus physicus* ausdrücken, geſprochen haben.

55) Hincmari Annales a. a. 863. bei Pertz I. pag. 460. Es iſt hier von regis *scelus die Rede*, qui in tali *facto* episcopos *habent auctores et factores.* Vielleicht iſt ſtatt *factores zu leſen fautores.*

geſtiftetes Uebel die *actores* facti et eorum *adjuto* unterſchieden [56]).

Das bisher Geſagte wird wohl genügen, um Ueberzeugung zu geben, daß ſelbſt diejenigen unſerer ne ren Criminaliſten, die ſich bei dem Gebrauch lateiniſc Worte und ſonſt am genaueſten an die Quellen hielten, Gebrauch der Worte *auctor delicti*, *coauctores*, *so principales*, *socii*, dennoch von denſelben einigermaß entfernten. Dagegen haben ſich die italieniſchen Juriſt des Mittelalters davon oft weniger entfernt, als es d Anſehen hat, und in Beziehung auf dieſe, ſchon oben a geſtellte, Behauptung bin ich verpflichtet, noch Einig zu ihrer nähern Begründung und zur Rechtfertigung ei ger anderer über Hefftter's und Roßhirt's Anſi ten gemachten Aeußerungen hier beizufügen. In t von Letzterm angeführten Stelle des Gandinus der Grundſatz aufgeſtellt: *consentientes* et *facient* pari poena puniantur, und ich wüßte hierin nichts finden, was vom römiſchen Sprachgebrauch oder röm ſchen Principien beſonders abwich, beſonders da die *co sentientes*, weiter unten auch *auxiliatores* genan weiter oben näher als ſolche bezeichnet werden, qui *f cientibus* z. B. *occissoribus* dederunt et praest terunt *auxilium* et *favorem*. Roßhirt ma hierbei darauf aufmerkſam [58]), hieraus ſehe man, n alt die Zuſammenſtellung der Worte Hilfe und Begü ſtigung ſey. Sie iſt übrigens wohl noch älter, ſo n

56) Cap. II. a. 805. cap. 10. Vgl. Cap. a. 595. cap. 5., von *occidere* und *adjuvare* geſprochen, letzteres aber n von Gehilfen der Tödtung verſtanden wird.

57) Im Buche de maleficiis, im Titel de homicidiariis eorum parricid.

58) S. 251. Note, der Entwickelung. — In der angeführ Stelle beruft ſich der Verfaſſer auch auf Odofredus Dinus.

wir ja auch ſchon im römiſchen Rechte mit dem *consilium ferre* das *opem ferre* zuſammengeſtellt finden, zu welchen beiden eben ſo *dolus malus* erfordert wurde, wie z. B. zu dem *furtum facere*, das ſich mit ihnen zuſammengeſtellt findet [59]), oder ein *consilium malignum* gehörte, obſchon bei dem *opem ferre* oder *ministerium, adjutorium, auxilium praebere*, z. B. bei Diebſtahl, die Diebſtahlsklage gegen Jemand angeſtellt werden konnte, *licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit* [60]). Eben deßhalb haben auch die juriſtiſchen Schriftſteller des Mittelalters von *consentientes* in Beziehung auf *auxiliatores* geſprochen. Das Wort *auxiliator* ſelbſt habe ich übrigens in den Quellen ſo wenig als das Wort *adjutor* gefunden, obgleich beide römiſch ſind und den Gehilfen gut bezeichnen können. Das Wort *ministri* gerade zur Bezeichnung deſſen, was ſonſt durch das Wort *ope* ausgedrückt wird, findet ſich übrigens einige Mal [61]), ſo wie in der Definition dieſes Worts von *ministerium* und *adjutorium* die Rede iſt und die dafür angeführten Beiſpiele uns nicht zweifeln laſſen, daß damit Gehilfen ge-

---

59) In L. 50. §. 2. D. de furtis — obſchon auch *ope* et *consilio furtum facere* in den Quellen vorkommt. L. 53. D. de V. S. nach dem oben erörterten Unterſchiede und doch das bei ſtattfindenden Gleichſtellung zwiſchen dem *qui revera factor* und *qui factor esse intelligitur*.

60) Nach L. 53. D. de V. S. vgl. mit L. 54. §. 4. D. de furtis, L. 50. §. 1. und L. 50. §. 3. Uebrigens haben die Ausdrücke *ope*, *consilio* in Beziehung auf *furtum* bei den Römern viel Zweifel erregt, wie aus dieſen Stellen beſonders L. 53. C. vgl. mit L. 52. §. 19. L. 36. pr. und §. 11. 1. de oblig. quae ex delict. ſich ergiebt. Doch iſt nicht zu überſehen, daß es ſich überall um eine *causa judicii privati* handelt.

61) L. 5. §. 6. C. ad leg. Jul. Maj. Vgl. *Nuntii* et *administri* in L. 37. C. ad leg. Jul. de adult. In erſter Stelle ſind *genannt satellites, conscii* ao *ministri*, in L. 17. §. 3. D. de quaestionib. *ministri facinoris*.

meint ſind [62]). Die Vereinigung der Worte *auxilium* et *favorem* dare et praestare findet ſich zwar nicht in den Quellen, allein es findet ſich doch in einer Stelle, wo auch *ministri* und *participes* zuſammengeſtellt ſind, eine Vereinigung von *opem ferre* und *silentium praestare*, womit unſtreitig noch mehr eine wirkliche Begünſtigung ausgedrückt wird, als durch das Wort *favere* oder *favorem praestare*, welches vielleicht, wie *fovere* im canoniſchen Recht [63]), mehr die Art von Beihilfe bei den italieniſchen Juriſten des Mittelalters ausdrücken ſollte [64]), die man ſonſt negative nennt, und die bei den Römern noch durch *patientiam praestare* ſich ausgedrückt

62) Vgl. L. 50. §. 3. mit L. 54. §. 4. D. de furtis. Das Wort *optio* bedeutet ja auch den Gehilfen mehrerer römiſchen Magiſtratsperſonen im Zuſammenhang mit *officium* und *ministerium* auch in dieſer Beziehung. Zweifelhaft iſt das Wort *ministerium* in L. 2. D. de term. moto; weniger aber in §. 9. I. de publicis judiciis das *ministerium exhibere*, cf. L. 1. C. de fals. mon. Von *opem ferre*, *auxilium praebere*, *ministeriis* und *ministris* als *conseiis* iſt noch in L. un. C. de rapt. virg. die Rede, und zwar findet ſich auch hier der Ausdruck *ministri criminis*. Sie werden daſelbſt etwas gelinder als der *raptor* beſtraft, mit dieſem gleich aber werden in L. un. C. h. t. diejenigen beſtraft, *qui raptorem comitati in ipsa invasione rapina fuerunt*, und dieſelben mögen auch die in L. 5. §. 6. C. ad leg Jul. Maj. nebſt *ministri* genannten *satellites* ſeyn. Auch das engliſche Recht rechnet ſolche Perſonen unter die *principals* und nicht unter die *accessories*. Vgl. oben Note 24. und 42. Beiſpiele von *opem ferre* giebt auch §. 11. I. de oblig. quae ex delicto, wie L. 54. §. 4. D. de furtis.

63) L. 14. D. de SCto Sylan.

64) Vgl. c. 55 C. II. qu. 7. Negligere cum possis disturbare perversos nihil aliud est quam *fovere*. Dieſe Worte ſind aus einer Epistola Pseudoisidori, kommen aber auch ſchon in einer Epistola Felicis III. vor. — Merkwürdig ſind noch die folgenden Worte: Nec caret scrupulo *societatis occultae* qui *manifesto facinore* desinit obviare, und der Titel: *Consentire* convincatur qui, cum possit, perversis negligit obviare.

65) Vgl. das Wort *consentientes* in der Note 57. citirten Stelle mit dem *consentire* in der Note 64. angeführten.

et [66]). Ferner bemerkt in oben angeführter Stelle
ndinus, die gleiche Beſtrafung der *auxiliatores*
facientes ſcheinen von der andern Seite auch ihr
enkliches zu haben: „quia constat auxiliatores
ius deliquisse quam ipsum homicidam." Dann
den noch andere Gründe angegeben, die freilich nicht
beweiſen, insbeſondere noch der: „nam inter *crinis reos* et *participes fraudis* multum interesse
a constituerunt." Auch hierin findet ſich wieder
hts gegen den römiſchen Sprachgebrauch, die letztange-
nen Ausdrücke finden ſich ſogar wörtlich in L. 6. D.
publicanis, obgleich ich Roßhirt gern zugeben
, daß ſie dafür, was ſie beweiſen ſollen, nichts ſagen.
iſt nämlich in dieſer Stelle der Unterſchied zwiſchen *crinis reos* und *participes fraudis* von dem Unter-
ede gemeint, der zwiſchen einer Handlung beſteht, de-
Beſtrafung der *vigor publicae disciplinae* fordert,
einer ſolchen, deren Beſtrafung *ob utilitatem pri-
orum* geſchieht, wie in L. 9. §. 5. D. de publica-
auch in Beziehung auf den Unterſchied zwiſchen *poena extraordinaria* und *poena privata* geſetzt wird [67]).

---

[66]) Vgl. L. 29. §. 4. D. ad leg. Jul. de adult. „Pati delinquere ob quaestum, negligentiam vel *quandam patientiam.*" In anderm Sinne ſteht *patientiam praebere* et dolorem remittere in L. 1. §. 3. C. de rapt. virgin. — Die Strafbeſtimmungen wegen unterlaſſener Hilfsleiſtung waren natürlich auch bei den Römern verſchieden. Vgl. L. 19. D. de SCt. Syl. — L. 1. §. 1. D. si famil. furtum f. d. L. 3. 4. D. de noxal. act. L. 50. 109. D. de R. J. L. 10. §. 2. D. de quae in fraud. cred. L. 3. §. 2. D. de offic. praef. vigil., die jedoch zum Theil auch zu einem andern Gegenſtand gehören dürften.

[67]) Es iſt auch die *poena extraordinaria* hier gewiſſermaßen unter den Geſichtspunkt einer *publica poena* gebracht, wie ja auch in L. 7. §. 1. D. de injuriis von *animadversio* im Sinne der von der *damni sarcitio* zu unterſcheidenden caedis *vindicta* geſprochen wird. Vgl. noch L. 1. D. de seditionis, wo von *publica disciplina* die Rede iſt.

Man darf hierbei nicht einmal, obgleich obige Stelle im Titel *de publicanis vectigalibus et commissis* vorkommt, unter *participes fraudis* an ſolche *fraudes* denken, wegen welcher ein *crimen fraudati vectigalis* und entweder eine *persecutio poenae fisco debitae* oder eine *persecutio commissi* Statt fand [67]), ſondern blos daran, wenn durch einen *publicanus* gegen Privatleute und Steuerpflichtige eine *illicita exactio* geſchehen war, wodurch ſonſt die *actio furti* oder *damni injuria dati* oder *vi bonorum raptorum* begründet geweſen wäre [69]), obſchon ſonſt auch *causae fiscales* nicht blos der *causa privata*, ſondern auch der *causa publica* entgegengeſetzt zu werden pflegten [70]). Die L. 6.

68) Vgl. noch L. 8. D. de publican. vgl. mit L. 14. D. eod. tit. L. 16. §. 3. 8. 13. und L. 1. pr. D. de jure fisci.

69) Vgl. L. 6. D. de publ. mit L. 1. pr. §. 3. 4. L. 9. §. 4. 5. L. 12. pr. et §. 1. D. eod. tit.

70) Vgl. Meine Abhandlung über crimen, im Archiv VIII. S. 424., und Ram de origine ministerii publici in criminum causis, Trajecti ad Rh. 1840. pag. 69—94. Die S. 93. angeführte, von Hänel aufgefundene Conſtitution des Cod. Justin., die in Beck's Corp. Jur. zu Lib. VIII. tit. 59. de jure liberor. beigefügt iſt, nennt übrigens auch die auf Verfolgung der *commoda fisci* gehende Klage eine *actio publica*, obſchon dieſelbe, auch wo ſie eine Pönalklage war, weder eine judicii publici accusatio noch eine extraordinaria criminis persecutio begründete. Ueber die Aechtheit dieſer Stelle vgl. auch Cramer's Anſicht bei Savigny Geſchichte des R. R. VI. S. 453. — Der Gegenſatz von causa *publica* und *fiscalis* findet ſich z. B. in L. 1. C. de poena judicis, qui male judicavit, und eine merkwürdige Beſtimmung enthält L. 3. §. 8. D. de incendio als die eines SCtum: „in quantum Edicto praetoris *actio* daretur, tantum et *fisco dare debere*. Auch hier war wohl die Fiskalſtrafe *jure obligationum fisco ex delicto debita*, wie ſonſt auch L. 1. D. de jure fisci von *poena fisco ex contractu privato debita* die Rede war. Die Sache hatte etwas Aehnliches mit der Buße und Wehde des germaniſchen Rechts, wie auch zur Zeit der Carolina noch unter dem Begriffe bürgerlicher Strafe die dem Richter zu entrichtende Geldſtrafe, wie die dem Verletzten gehörige aus dem Compoſitionenrecht ſtammende begriffen war.

D. de publicanis handelt von dem Falle, wenn mehrere Publicani ſich gegen Jemand eine illicita exactio zu Schulden kommen ließen, und ſpricht den Grundſatz aus, daß bei Anſtellung der vom Prätor hiergegen gegebenen beſonderen actio die poena dupli von mehreren *participes fraudis* nur einmal gezahlt zu werden brauche, ganz auf dieſelbe Weiſe, wie nach der ſchon oben angeführten L. 14. §. 15. und L. 15. D. quod metus causa [71]) im Falle, si plures metum adhibuerint, durch einmalige Bezahlung der poena quadrupli die Sache abgethan iſt. Daß es bei mehreren *criminis rei*, die entweder judicio publico oder crimine extraordinario verfolgt würden, nicht eben ſo gehalten werde, dies iſt es, was in obiger Stelle der Juriſt ſagen wollte, und es liegt am Tage, daß der oben genannte Criminaliſt des Mittelalters dieſelbe falſch verſtanden habe. Da jedoch *reus*, wie wir oben geſehen haben, oft vorzugsweiſe den Thäter, und *participes*, gleich den Worten *conscii*, *consortes* und dem Franzöſiſchen *complices*, bald alle Mitſchuldigen, den Thäter mit inbegriffen, bald die Mitſchuldigen außer dem Thäter bezeichnet [72]), da ferner

71) Vgl. oben Note 8.

72) Und zwar meiſtens das Letzte, oder auch noch weniger als das Letzte, indem es öfter eine weisliche Theilnahme an der That, nicht blos Theilnahme an der Schuld anzudeuten ſcheint. Vgl. L. 14. D. de SC. Sylan.: *ministri* vel *participes caedis*. L. 3. C. de abolit.: *conscii* vel *participes* criminum. L. 3. C. de Judaeis: qui *ausus fuit attentare* cum *omnibus suis participibus*. L. 11. C. de testibus: *socii* et *participes* criminum. L. 6. §. 4. C. de his qui ad eccles. confug.: *socii* seu *participes*, als *in iisdem causis obnoxii* nebſt der *persona principalis* genannt. Man könnte das Wort zuweilen auch blos von einer paſſiven Theilnahme an der Unterſuchung oder von Theilnahme an den Wortheilen der That zu nehmen haben, wie ſich nachher noch ergeben wird. Auch in dieſer wie in andrer Rückſicht iſt das Wort *particeps* mit dem von *socius* verwandt, wie ſie auch zuweilen auf eigne Weiſe verbunden vorkommen. Vgl. se *participem in omnes casus sociare*, bei Silius I. 75. Die

fraus technisch gebraucht wird, um die Criminalschuld zu bezeichnen [73]) und daher *fraudis participes* passend die Mitschuldigen andeuten könnte [74]): so war es wenigstens kein Verstoß gegen römischen Sprachgebrauch, wenn oben genannter Jurist den in der fraglichen Stelle behaupteten Unterschied zwischen diesen und *criminis rei* für einen Unterschied zwischen Mitschuldigen und Thäter nahm. Jedenfalls ist die oben angeführte Ansicht Hefftter's, unter *rei criminis* habe Gandinus, so wie unter den Worten, *qui causam criminis praebuerunt*, alle Haupttheilnehmer verstanden, ungegründet. Gewiß verstand er unter ersterm nur den Thäter, und wollte den seiner Meinung nach in L. 6. D. de publicanis gelege-

---

Schotten drücken heut zu Tage durch die Worte *actor*, *art*, *part*, *reset* z. B. bei Diebstahl Thäter, Anstifter, Gehilfen und Begünstiger aus, etwa wie die Römer *factor*, is *cujus dolo* et *ope* factum est, et qui *recepit*, sagen. *Arte* et *parte* entspricht dem *dolo* et *ope* des römischen Rechts, das auf das schottische großen Einfluß hatte. Vgl. D. Hume, Commentaries on the Law of Scotland, Edinb. 1819. Vol. I. pag. 113 etc.

73) L. 131. D. de V. S. Vgl. Meine Abhandlung im Archiv IX. S. 378., deren Resultat hier auch Hefftter anerkennt, Lehrbuch 2te Ausg. S. 47.

74) Wirklich steht *fraudis conscii* als gleichbedeutend mit *participes sceleris* in L. 1. §. 20. D. de quaest. vgl. mit §. 19. und 27. In L. 10. §. 2. 3. D. quae in fraudem creditor. steht auch der Ausdruck *conscio et fraudem participante* neben dem Ausdruck *particeps fraudis*, und es ist nicht zu übersehen, daß in dieser Lehre *fraudem facere* oder *fraudare* benachtheiligen heißt und *fraudator* derjenige ist, der Andre widerrechtlich benachtheiligt, um sich zu bevortheilen. Vgl. L. 6. §. 6. 10. D. h. t. In ähnlichem Sinne könnte der Ausdruck *qui participaverunt furtum* in L. 1. pr. D. si famil. furt. genommen scheinen, wenn nicht der Zusammenhang zeigte, daß alle, von denen dies gesagt wird, auch als *noxii* erschienen, also als Mitschuldige *cum plures furtum admittunt*, wie es in L. 1. pr. D. l heißt. Sonst hat auch in der besondern Bedeutung von Theilnehmen an unerlaubtem Gewinne das Wort *particeps* Einiges mit dem Worte socius gemein, wie sich nachher ergeben wird.

en Grundsatz, daß zwischen Thätern und Mitschuldigen Verschiedenheit der Strafe eintreten solle, anwenden, um zeigen, daß bei dem Verbrechen der Tödtung der Gehilfe, *auxiliator*, der auch mit römischen Worten als *pem ferens homicidae* bezeichnet wird, geringer zu rafen sey, als der Thäter, der mit den Worten *occior* oder *homicida* benannt wird. Es ist auch, wie er richtet, von den Rechtsgelehrten von Bologna nach langem Streite einstimmig angenommen worden, daß die genannten Gehilfen nur mit der Hälfte der nach gemeinem der statutarischem Rechte [75]) zu belegenden Strafe zu bestrafen seyen, und daß arg. L. 34. D. de furtis [76]) nicht blos bei Tödtungen, sondern auch in andern Fällen dieser Grundsatz zu beobachten sey, zu dessen Bestätigung man sich auch noch auf canonisches Recht berief [77]). Als Schlußbemerkung steht in der angeführten Stelle des Gandinus noch Folgendes: „Quod si isti, qui *opem dederunt* homicidae, praestiterunt et dederunt *causam mortis* seu causam dicti homicidii, quod eo casu et ipsi *auxiliantes* tamquam *homicidae* tenentur et debent puniri", und dieser Satz gab die Veranlassung zu Heffter's Bemerkung, die von ihm sogenannten Hauptgehilfen hätten schon Gandinus

75) Media poena, qua dicti homicidae debeant puniri vel ex *forma juris communis* vel ex *forma statuti*.

76) Es ist klar, daß das Argument aus dieser Stelle nicht viel beweist: Is qui *opem* furtum *facienti* furt., nunquam manifestus est, itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur.

77) Cap. 6. X. de homicid. Hier sind auch für unsern Zweck die Worte wichtig: „*socians homicidium* animo occidendi, licet *non apponat manum*, si tamen *ex sua causa mors secuta est*, tenetur *fere pari poena* cum homicida. Auch sie enthalten keinen vom römischen abweichenden Sprachgebrauch, wie sich weiter unten zeigen wird.

und Clarus als *auxiliatores qui causam delicti praebuerunt* bezeichnet. Doch finde ich auch in obigen Worten nur einen Nachklang römiſchen Sprachgebrauch und ſelbſt römiſcher Grundſätze [78]), indem ja auch die Römer ſchon den Ausdruck *causam praebere* beſonders bei Tödtungen auch von gewiſſen Arten von Beihilfe verſtanden, beſonders ſolchen, ohne welche entweder das Verbrechen nicht hätte begangen werden können [79]), oder welche, wenn etwa dem eigentlichen Thäter nicht zugerechnet werden kann, gewiſſermaßen allein die Thäterſchaft begründet [80]).

Gandinus wollte alſo durch die letztangeführten Worte gewiſſermaßen nach Anleitung römiſcher Juriſten ſagen, auch durch bloße Hilfsleiſtung, wenn dieſelbe von der Art ſey, daß auf ſie der Ausdruck paſſe *causam praebuit delicti commissi*, könne dieſelbe Strafe verwirkt werden, als durch die eigentliche Thä-

78) Das canoniſche Recht in dem eben angeführten Cap. 6. de homicidio ſpricht nur von *fere pari poena*, ſelbſt in Beziehung auf den Anſtifter, denn dieſer und nicht der Gehilfe ſcheint hier unter dem *socians homicidium qui non apponit manum* verſtanden werden zu müſſen, obgleich auch den ſogenannten Hauptgehilfen eben ſo gut wie auf den Anſtifter das *causam mortis praebere* ſchon nach römiſchem Sprachgebrauch geht.

79) Das in L. 15. pr. D. ad leg. Corn. de sicariis Geſagte iſt nicht allein von dem §. 1. genannten *Mandator* zu verſtehen, arg. L. 7. §. 6. D. ad leg. Aquil. — Vielleicht wurde aus demſelben Grunde *is qui domum suam, ut adulterium fieret, praebuit*, gleichſam als *causam praebens adulterio* eben ſo wie der Ehebrecher oder *quasi adulter* geſtraft, nach L. 8. D. ad leg. Jul. de adult., obſchon in ſolchen Fällen wohl nicht unter allen Umſtänden geſagt werden kann: ohne jene Handlung hätte das Verbrechen nicht begangen werden können. Vgl. Note 47. oben.

80) Z. B. *furenti gladium porrigere* in L. 7. §. 6. D. ad leg. Aquil. Doch iſt es zweifelhaft, wie dieſe Worte zu verſtehen ſeyen, oder auch die Worte: *venenum pro medicamento dare*, von welchen das *causam mortis praebere* auch gebraucht wird. Vgl. Note 47.

terſchaft. *Auxiliator* bedeutete ihm überhaupt denjenigen, der auch nach meiner Anſicht allgemein Gehilfe genannt werden kann, und von ihm ſagte er, was denn auch Heffter's obige Bemerkung einigermaßen rechtfertigt, derſelbe verdiene gleiche Strafe als der Thäter, wenn er *causam criminis praestitit*, womit er wohl das gemeint haben mag, was die Neueren durch Hauptgehilfen ausdrücken, obgleich das *causam criminis praestare* ſonſt auch noch vom Anſtifter eben ſo geſagt werden kann, und bei den Römern wie im Mittelalter eben ſo gebraucht wurde, als die Neueren den Hauptgehilfen und den Anſtifter mit dem gemeinſchaftlichen Namen Urheber benennen, ja hierunter noch, was weit weniger zu billigen iſt, ſelbſt den Thäter, oder *factor* nach römiſchem und mittelalterlichem Sprachgebrauch, mit verſtehen, während Andre für dieſe drei Arten von Mitſchuldigen oder ſogenannten Theilnehmern das Wort Haupttheilnehmer vorziehen [81]). Auch Clarus kennt keinen andern als einen an den römiſchen ſich anſchließenden Sprachgebrauch [82]). Wenn ferner

81) Auch Luden Abhandlung II. S. 391. unterſcheidet zwiſchen Haupttheilnahme und Nebentheilnahme ganz paſſend nach den Graden der Strafbarkeit, was gewiß beſſer iſt, als zur Bezeichnung ſolcher Grade die Worte Urheber oder Gehilfe zu wählen, deren Gebrauch eben die Sprache nach andern Rückſichten beſtimmt. Es bleibt immer ein gefährliches Experiment, den Worten, die eben nach gemeinem Sprachgebrauch eine beſtimmte Bedeutung haben, eine andre nach philoſophiſchen Begriffen aufdringen zu wollen. Wenn z. B. Jemand einen Andern in ſeinem Hauſe tödtet, und dies ihm unmöglich geweſen wäre, wenn ſein Diener nicht den Mörder eingelaſſen hätte, wird jener doch immer allein der Thäter genannt werden, und man kann ſehr gut fühlen, daß auch dieſer die gleiche Strafe verdient, ohne die Nothwendigkeit einzuſehen, ihn nicht Gehilfen, ſondern, wie den Thäter, auch Urheber zu nennen.

82) Er *unterſcheidet ebenfalls vom auxiliator* nach römiſchem *Sprachgebrauch den mandans* u. dgl., wie auch andre Juriſten

Roßhirt von der Lehre des Clarus über die Str der Beihilfe ſagt, nach der *opinio communis* ſeiner E komme es außer dem Falle des Complotts darauf « utrum auxiliator causam delicto praebuerit non [83]), ſo iſt dies im Ganzen genommen auch ſc zu Gandinus Zeiten die Anſicht geweſen, wor post multas altercationes, legum doctores et pientes Bononiae, wie er ſagt, in concordia wa nach der mehrangeführten Stelle, die zu Roßhi und Hefft er's obigen Aeußerungen Anlaß gegeben ha welche ich nicht ganz billigen kann. Des Erſteren Ae rung, die ich nicht vollkommen billigen kann, iſt die ſ oben wörtlich angeführte [84]), welche unmittelbar auf letztangeführten Worte des Gandinus [85]) folgt, „ nämlich der Unterſchied zwiſchen Urheber (qui caus dant criminis) und Gehilfen (auxiliatores) allmählig in Folge einer Controverſe aus nicht römiſ Anſichten ſich hervorbildete, obgleich man durch nicht ſtandene römiſche Stellen ihn zu befeſtigen ſuchte." W dabei in der Note geſagt wird, das Wort *auxilia* ſey auch nicht blos im Gegenſatz zum Urheber, ſond oft allgemein als Theilnehmer überhaupt gebrau worden, ſo finde ich dies weder bei Gandinus noch den römiſchen Rechtsquellen beſtätigt, in welchen ich, n geſagt, von dem Gebrauch des Worts *auxiliator* ſell gar kein Beiſpiel kenne. Wohl aber wird durch die Wor

---

des Mittelalters, bei denen auch noch römiſch durch *ope ferre* und *consilium praestare* unterſchieden wird. V mehre Stellen, die ſich bei Luden Abh. I. S. 442. zuſa mengeſtellt finden.

83) Entwicklung S. 255. Vgl. S. 253 a. E. und S. 254.

84) Entwicklung S. 251 u. f.

85) Zu Note 27.

86) Nach dem zu Note 77. Bemerkten.

auxilio, *ope* in den römiſchen Rechtsquellen allgemein die Beihilfe, wenngleich im weitern Sinne des Worts, wonach es auch die Handlung des ſogenannten Hauptgehilfen bedeutet, ausgedrückt, ohne Unterſchied, ob dieſelben mit der vollen ordentlichen Strafe des Verbrechens beſtraft wird oder nicht; und obgleich im römiſchen Rechte ſich bald das eine bald das andere angeordnet findet, ſo geſchieht dies doch nicht nach einem allgemeinen Begriffe oder durchgreifenden Principe. Nur das Wort *ministri* ſcheint, wie auch ſchon oben angedeutet wurde, in einem etwas eingeſchränktern Sinne von denjenigen zu verſtehen zu ſeyn, welche die Neueren *socii in specie* nennen, ſo wie denn auch wenigſtens zuweilen gegen dieſelben in den Quellen eine mildere Strafe als gegen Thäter oder andre Mitſchuldige ſich angeordnet findet. Die Benennung *socii in specie* aber, oder diejenige Bedeutung von *socii* ſchlechthin, wonach das Wort nur diejenigen bezeichnete, welche die neuere Theorie bloße Gehilfen im Gegenſatze der Hauptgehilfen nennt, iſt dem römiſchen Rechte völlig fremd. Eine nähere Unterſuchung der wahren Bedeutung des Worts wird dieſe Behauptung beſtätigen. Daß dieſelbe von wichtigen praktiſchen Folgen ſeyn könne, wird die Folge lehren. Auch brauche ich wohl nicht beſonders darauf aufmerkſam zu machen, daß die ſeitherigen Erörterungen ſchon als Theil dieſer Unterſuchung anzuſehen ſind, indem ohne ſie es unmöglich ſeyn würde, den Inhalt des durch das fragliche Wort ausgedrückten Begriffs mit Beſtimmtheit anzugeben.

Der criminalrechtliche Begriff von *socius* ſchließt ſich in mancher Hinſicht an den civilrechtlichen oder ſelbſt an den gewöhnlichen Lebens an, und iſt überhaupt mehr der des Genoſſen oder Gefährten, als der eines Gehilfen. *Das Wort kommt vor* in Verbindung mit deli-

ctum, mit *facinus* und mit *crimen* [87]), und drückt wohl in letzter Hinsicht mehr die Idee eines Zusammenfindens in einer Untersuchung als der Theilnahme an einem und demselben Verbrechen aus. In dieser Hinsicht ist auch der Begriff von *societas* analog dem von *consortium* nach der oben gegebenen Entwicklung [88]), obgleich *societas* sonst, wie *socius*, mit verschiedenen Zusätzen vorkommt, welche theils Schuld oder Verbrechen, theils die Verbrecher oder Schudigen bezeichnen, in welchem letztern Falle dasselbe vorzugsweise auf eine zu Begehung von Verbrechen gerichtete Verabredung, Complott oder Bande hindeutet, wofür sonst die Neueren das in den Quellen nicht vorkommende *societas delinquendi* gebrauchen. *Societas latronum* und *societas cum furibus* kommt zur Bezeichnung der Gesellschaft oder Vereinigung mit Räubern und Dieben [89]), und *societas sceleris* läßt sich wohl auch, wie das schon oben damit verglichene *communio criminis*, da scelus sowohl als crimen oft für Schuld steht, für einfach den Begriff der Mitschuld ausdrückend ansehen [90]), wie auch häufig so

87) *Delicti socius* L. 10. C. ad leg. Fab. *Maleficii societas* L. 57. D. pro socio. *Societas sceleris* L. 4. C. de quaestion. *Facinoris socius* L. 9. C. de maleficis. *Socii criminum* L. 1. C. de testibus. *Socius caedis* L. 17. §. 2. D. de quaest. *Socius in ea re* L. 3. §. 1. D. ad leg. Fab. *Socius furorum Cassiani* L. 7. C. ad leg. Jul. Maj. Sonst ist oft von *socius* schlechtweg oder wenigstens indirect von *socius factoris*, *rei principalis* die Rede.

88) Vgl. Note 5. und Note 72. Man denke nur an *litis consortes*, um auch die Ausdrücke *socii*, *participes*, *consortes criminis* in einem ähnlichen Sinne natürlich zu finden, zumal da in den Quellen nicht blos von *litis denuntiatio*, sondern auch von *criminis denuntiatio* die Rede ist.

89) L. 39. §. 4. D. ad leg. Jul. de adult. Nov. 13. c. 1., die jedoch nur Uebersetzung des griechischen Textes ist. Vgl. Note 37. und Note 87.

90) Vgl. jedoch oben Note 5. auch Note 37. 50. und 87. Das *vocare aliquem ad sceleris* societatem in L. 4. C. de quae-

eben ſo *consors*, *conscius*, *particeps* und
ranzöſiſche *complice*, gegenüber dem *factor* oder
ptſchuldigen, den Mitſchuldigen bedeutet.
cius und *societas* haben auch oft, wie die andern
den genannten und den Mitſchuldigen bedeutenden
e, eine ſo umfaſſende Bedeutung, daß ſie den Thä-
lbſt mit begreifen [91]). Einen ſichern Beweis dafür
eine ſchon oben von einem andern Geſichtspunkte
etrachtete Stelle, in welcher der Satz aufgeſtellt
eines Verbrechens wegen könne Niemand als dieje-
beſtraft werden, *quos reos sceleris societas facit*,
Strafe könne nur eintreten, *ubi est noxia* [92]), wo-
alſo als *socii* alle Schuldigen betrachtet werden, die
Römer ſonſt als *noxii*, *nocentes*, *facinorosi*
met. Wo dagegen die *socii* dem *reus* entgegenge-
verden, bedeutet das Wort die Mitſchuldigen mit
ihme des Thäters, und dies mag wohl in den mei-
Stellen der Fall ſeyn, wo es vorkommt [93]). Wenn
dieſe genauer durchgeht und damit dasjenige vergleicht,
über die Bedeutung von *minister* und andre den

---

ion, iſt ein ähnlicher Ausdruck als das *postulare aliquem in eium caedis* in L. 17. §. 1. D. de quaest. Das Wort *so-us* kommt in dieſer Stelle zweimal vor, bedeutet aber das eine tal weiter nichts als den, der mit einem Andern eine Geſellſchaft i civilrechtlichen Sinn eingegangen, in welchem Sinn auch in r dissertatio de eo qui delinquentis est *socius* von Van r Kemp gehandelt wird, die bei Feuerbach immer noch iter die Schriften über Mitſchuldige gezählt wird, §. 45. t. *a.*

Vgl. noch insbeſondre Note 72. und dazu den Text.

L. 22. D. de poenis, wo nicht blos *socius*, ſondern ſelbſt *ctor* eine ſo allgemeine Bedeutung hat. Vgl. Not. 50.

Mehrere ſind ſchon oben angeführt. Vgl. die Noten 35 bis 3. inclusive und dazu den Text und Note 72., beſonders die iden Stellen von Paulus V. tit. 29. §. ult. und V. . 14. §. 1.

Gehilfen bezeichnende Worte oben geſagt worden iſt [94]), ſo wird man ſich um ſo mehr überzeugen, daß *socii* in der beſondern Bedeutung von Gehilfen nicht vorkommt, ſelbſt da nicht, wo *socii et participes* ſteht [95]), da ja auch *conscii et participes* [96]) neben einander vorkommen; und wenn man auch ſagen wollte, in der letztern Zuſammenſtellung habe eben *conscii* einen beſondern Sinn, weßhalb das Wort noch beſonders den *participes* oder Mitſchuldigen im Allgemeinen beigefügt ſey, ſo könnte man eben ſo ſagen, in der erſten Zuſammenſtellung bedeute *socii* die Mitſchuldigen im Allgemeinen [97]), neben welchen die *participes* noch genannt ſeyen, weil dies Wort ebenfalls zuweilen einen ganz beſondern Sinn habe [98]). Setzt man ja wohl auch zuweilen im Deutſchen Mitſchuldige und Theilnehmer zuſammen, ohne unter dieſen andre als unter jenen zu verſtehen. Eher noch als den

---

94) Schon Note 42., dann zu Note 62 u. f. im Texte, auch noch Note 86. im Texte.

95) L. 11. C. de testibus. Vgl. *socii seu participes* in L. 6. §. 4. C. de his qui ad eccles. conf.

96) L. 3. C. de abolit. Vgl. *conscii et consortes* L. un. C. de Nili aggerib. In L. 3. C. de conven. fisci deb. ſteht *consortes et consocii* gewiß ganz gleichbedeutend, aber dieſe *consocii* ad exigenda *reliqua* ſind keine *conscii* in criminalrechtlichem, ſondern wirkliche *socii* in civilrechtlichem Sinne.

97) In der ſchon mehrmals beſprochenen L. 6. §. 4. C. de his qui ad eccles. confug. könnten die nebſt den *personae principales* genannten *socii seu participes*, vielleicht ſelbſt nach dem Beiſatze *et omnino in iisdem causis obnoxiorum personae* und wegen der vorhergenannten *mandatores*, für Theilnehmer oder Mitſchuldige beſonderer Art genommen werden. Allein mit den hier nebſt *fidejussores* und *familiares* genannten Perſonen, die zwiſchen den *personae principales* und *socii seu participes* genannt ſind, hat es eine andre Bewandtniß, und überhaupt iſt die Stelle nicht recht klar. Daß aber außer den *sociis* noch andre *in iisdem causis obnoxii* genannt ſind, erklärt ſich leicht daraus, daß unter dieſen, wie das Wort *omnino* andeutet, die *personae principales* noch *mit begriffen* ſind. Vgl. Note 4. und Note 72.

beſondern Begriff deſſen, was man heut zu Tage unter Gehilfen oder bloßen Gehilfen verſteht, könnte man das Wort *socii* als den beſondern Begriff von *satellites*, Gefährten oder Geſellen, habend, z. B. die *raptorem in ipsa rapina comitantes* bezeichnend, ſich denken [99]). Allein eben dieſe ſcheint das römiſche Recht noch ſtrenger beſtraft zu haben als die *ministri*, deren Begriff, wie gezeigt, am meiſten dem entſpricht, was unſre Neueren durch *socii in specie* bezeichnen, und auch nach dem engliſchen Rechte werden diejenigen, die bei der Ausführung des Verbrechens ſelbſt irgend eine Beihilfe leiſten, zu den *principals* und nicht zu den *accessories* gerechnet, welche Eintheilung beſonders zur Beſtimmung der Strafgrade gemacht iſt [100]). In einer andern beſondern Bedeutung, deren ſchon oben Erwähnung geſchehen iſt, ſteht der Begriff von *socii* dem von *sodales* näher, oder vielmehr *societas* bezeichnet die Verbindungen und Verabredungen von Verbrechen, die wir mit dem Namen Bande oder Complott bezeichnen, welche beiden Begriffe ſelbſt wir von einander am beſten durch *conspiratio* oder *conjuratio* und *factio* unterſcheiden könnten, obſchon auch das letzte Wort oft die Bedeutung der beiden erſten hat [101]). Auch das frühere canoniſche Recht kennt dieſe beſondre Bedeutung von *societas*, indem es z. B. die ſogenannte negative Beihilfe aus dem Grunde für ſtrafbar hält, weil der das Verbrechen nicht Hindernde ſich einer *societas occulta*, eines heimlichen Einverſtändniſſes verdächtig mache

98) Vgl. *consciі et fraudem participantes* in L. 10. §. 2. D. quae in fraud. cred. und oben Not. 72. u. 74.

99) Vgl. Note 62.

100) Vgl. Note 61 u. f.

101) Vgl. Art. 37. 87. 89., beſonders die daſelbſt citirte L. 7. *C. ad leg. Jul. Maj.*

oder *consentire convincitur* [102]). Daß z. B. unter *Cassiani furoris socii* im römiſchen Rechte Mitverſchworne, unter dem *ob latronum societatem* beſtrafte Mitglieder von Räuberbanden zu verſtehen ſeyen, erleidet wohl keinen Zweifel.

Die älteren deutſchen Criminaliſten, die in lateiniſcher Sprache geſchrieben haben, haben das Wort *socius* häufig noch richtig aufgefaßt, und es entweder in der allgemeinen Bedeutung von Mitſchuld gebraucht, oder, in der beſondern Bedeutung von Verabredung zu Begehung von Verbrechen, von *criminis societatum ineundo* geſprochen [103]). Dahin gehört auch der oben genannte J. S. F. Böhmer in ſeinen Bemerkungen zu B. Carpzow, nur hätte er den von ihm richtig angegebenen Sinn von *socius criminis* nicht aus der *recta ratio*, ſondern aus dem römiſchen Sprachgebrauch deduciren ſollen [104]).

---

102) Vgl. Not. 64. und das daſelbſt citirte c. 55. C. II. qu. 7.

103) Auch dies iſt den Quellen angemeſſener, als *societas delinquendi*, was die Neueren gebrauchen, z. B. ſchon Quiſtorp Grundſätze des peinl. Rechts, 6te Ausg. 1809, Bd. I. §. 54. S. 88. Hier, wo auch ſchon auf beſondre Weiſe zwiſchen *auctor* und *socius* unterſchieden und von *auctor principalis* und *socius specialis* geſprochen wird, auf eine den Quellen nicht entſprechende Weiſe, iſt *societas delinquendi* und *conjuratio* für ein und daſſelbe erklärt, wie auch bei Feuerbach und in der Abhandlung von Busman de societate delinquendi sive conjuratione, Groning. 1824. Bauer dagegen, Abhandlungen I. S. 440., verſteht *conjuratio* nur vom Complott bei politiſchen Verbrechen, was ſich wohl durch die Quellen nicht beſtätigen laſſen dürfte. Richtiger iſt es, daß der Ausdruck *societas delinquendi* zur Bezeichnung des Complotts im beſondern Sinn, im Unterſchied von Bande, zu weit ſey, indem er auch die Bande begreife. Dies iſt zwar nicht der Fall bei dem bekannten *societatem coire ad obligationem innocentium* in L. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de falsis, aber doch wohl ſonſt. Vgl. L 39. §. 4. D. ad leg. Jul. de adulter.

104) Vgl. Not. 28. und 29. und dazu den Text. Es war an ſich ganz richtig geſagt: *socium* non eum tantum qui *satellitem* egit aut *realem* operam in executione tulit, intelligo, *sed* etiam qui *concursu* suo aliquid ad effectum inprimis *contulit*, und *participum* et socium delicti esse, varia

Noch aber haben wir eine im römiſchen Rechte zuweilen vorkommende und von Neueren wohl am meiſten überſehene beſondere Bedeutung des Worts *socius* oder auch des Worts *sociare*, welches in ganz eignen Ausdrücken vorkommt [105]), hervorzuheben. Es iſt nämlich dieſe Bedeutung von *socii* einigermaßen auch mit der oben ſchon berührten beſondern Bedeutung von *participes* verwandt, und tritt in gewiſſer Hinſicht der civilrechtlichen näher, ſo wie ſie ſich auch an die criminalrechtliche der Verabredung anſchließt [106]). Daß der civilrechtliche Begriff ſelbſt in einigen zum Criminalrecht gehörigen Stellen vorkomme, z. B. in L. 17. §. 2. D. de quaest., darauf iſt ſchon oben aufmerkſam gemacht worden [107]), und hier finden auch die Worte: quum in socium caedis *socius* postularetur, durch die darauf folgenden Worte:

---

sunt. Auch Koch institution. jur. criminalis, ed. 9. Jenae 1791. p. 35. §. 41 u. f. hat von *socius delicti* im römiſchen Sinne, weniger in dieſem von *auctor delicti* geſprochen. Engau element. juris crim., Jen. 1777. ed. 7. p. 21. Lib. I. §. 23 u. f. ſpricht nicht unpaſſend von *particeps* oder *socii delinquentium*, die er jedoch auch ſelbſt *delinquentes* nennt, wie den *mandans*, den der *consilio*, und den der *auxilio* etwas zum Verbrechen beitrug. Minder zu billigen iſt ſeine Unterſcheidung zwiſchen *causa principalis* und *adjuvans*.

105) *Facinoribus sociari* bei Livius XXXIX. 19. hat nichts beſonderes. Mehr ſchon das oben Note 72. erwähnte *se participem sociare in omnes casus* des Silius I. 75. Beſonders merkwürdig iſt das *aliquem urbe, domo sociare*, z. B. Virgil. I. 600. was durch aufnehmen, und das *sociari parricidium poterit* bei Justin. X. 1. was durch in Gemeinſchaft thun von Schelle r erklärt wird. Dieſe Erklärungen reichen aber nicht aus, um diejenigen Sätze der Rechtsquellen zu erklären, in welchen das Wort in eigner Verbindung vorkommt. Auf einige Parallelſtellen hat mich mein Herr College Oſann gütigſt aufmerkſam gemacht, worauf ich ſpäter zurückkommen werde.

106) Vgl. Note 72. 74. 98. Vgl. ferner Not. 90. Not. 77. 78. und 42.

107) Note 90. *Vgl. L. 6. C. de lege Fabia*, von *sociis in divisione communium rerum*.

de *communi* servo habendam quaestionem, leicht ihre Erklärung. Auch ist schon auf eine andre Stelle, nämlich L. 50. §. 1. D. de furtis, aufmerksam gemacht worden [108]), die wir etwas näher ins Auge fassen wollen, da gerade in ihr die besondre Bedeutung vorkommt, welche uns, auch zu praktischem Behufe, einer näheren Erörterung werth scheint. Sie heißt also: „Ope consilio furtum factum Celsus ait, non solum si idcirco fuerit factum, ut *socii* furarentur, sed etsi non ut *socii* furarentur, inimicitiarum causa fecerit." Daß hier der Begriff des Gehilfen, wie er insbesondre im Unterschiede von Urhebern und Miturhebern von den Neueren aufgestellt zu werden pflegt, nicht zu Grunde gelegt werden könne, liegt am Tage, und Luden [109]), der die Stelle anführte, um gegen Wächter [110]) zu beweisen, daß jener Unterschied nicht nach subjectiven Rücksichten bestimmt werden könne, sagt auch mit Rücksicht darauf, es könne juristisch nicht in Betracht kommen, ob der Gehilfe etwa sich blos dem Urheber gefällig erweisen, oder den erwarteten Lohn erhalten wollte [111]). Der Begriff des Lohns führt uns hier freilich der Sache näher, allein er reicht nicht ganz aus. Es handelt sich vielmehr richtiger in jener Stelle um einen solchen Diebstahl, zu dem einer den andern anstiftet oder zu dem er ihm Hilfe leistet, in der Absicht, um mit ihm den Gewinn zu theilen, und dies bedeutet der Ausdruck *ut socii furarentur*. Zur Bestätigung dieser Ansicht dient eine andre schon oben berührte Stelle, auf welche wir zu-

108) Note 42.

109) Abhandlungen II. S. 364. in der Note, die S. 363. beginnt.

110) Lehrbuch § 88. Note 78.

111) Luden führt hier auch L. 54. §. 4. D. de furtis an, die *wir oben zu* Note 60. benutzt haben.

rückzukommen erklärt haben [112]), und welche von großem praktiſchen Intereſſe, weniger in der Lehre von Gehilfen als in der von Begünſtigern iſt, rückſichtlich welcher heut zu Tage ſo verſchiedene Anſichten herrſchen [113]) und in welcher man ſich auch oft in verſchiedenem Sinne auf eben dieſe Stelle bezieht [114]). Die Stelle ſelbſt iſt folgende: „Eos qui secum alieni criminis reos occultando *eum eamve sociarunt*, par ipsos et reos poena exspectet, et latrones quisquis sciens susceperit, et eos offerre judicibus supersederit, supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personae et judicis aestimatione plectitur."

In dieſer Stelle ſind zwar verſchiedene Beſtimmungen enthalten. Die letztere betrifft die *receptores latronum*, die mir nicht mit den *receptatores latronum* verwechſelt werden zu dürfen ſcheinen, von welchen im erſten Theile der L. 1. D. de receptatorib. die Rede iſt. Das Wort *receptatores* zeigt eine Modification des Begriffs an, welche z. B. auch der franzöſiſche Geſetzgeber in Art. 61. des Code pénal durch das Wort *habituellement* ausdrückte. Daher iſt auch gegen die *receptatores latronum* im erſten Theil von L. 1. D. de recept. eine ſtrengere Strafe als gegen die *receptores latronum* im letzten Theil von L. 1. C. de his qui latrones gedroht. In ſofern übrigens das *crimen receptatorum* ein crimen extraordinarium geweſen zu ſeyn ſcheint, das *crimen latronum* dagegen gewiß das judicium publicum legis Corneliae begründete, iſt leicht zu-

112) Note 36., nämlich L. 1. C. de his qui latrones.

113) Vgl. Mittermaier's Noten zu Feuerbach §. 53., auch Müller Lehrbuch des gemeinen deutſchen Criminalrechts, Braunſchweig 1837. §. 127. Note 25. S. 271.

114) Vgl. auch l. C. *de his qui latron.* mit dem l. D. *de receptoribus.*

zugeben, daß jene Art der Begünſtigung von Räubern keine Art von Complicität des Verbrechens des Raubs, ſondern ein eignes Verbrechen bildete. Receptatores und latrones waren nach römiſchen Anſichten nicht *in eadem causa obnoxii*, aber ſie wurden doch *eadem poena* beſtraft [115]). Aus dem erſt Geſagten folgt aber nicht, daß nach römiſchem Rechte Begünſtigung niemals eine Art von Complicität begründete, es geht vielmehr aus einigen Stellen das Gegentheil hervor [116]). Auch iſt aus jener Singulärbeſtimmung des römiſchen Rechts natürlich nichts für die Frage zu entnehmen, was der Natur der Sache am angemeſſenſten ſey, ſo wie auch damit, daß Begünſtigung als Complicität nicht betrachtet wird, wie dies das römiſche Recht in einzelnen Fällen gethan hat, in denen es gleichwohl den Begünſtiger dem Thäter gleich beſtraft, im Grunde nicht viel für das rechte Strafmaaß gewonnen wird, während auf der andern Seite eine Geſetzgebung durch ungleiche Beſtrafung der

115) Mögen dies gleich die Worte *perinde atque* nicht mit Beſtimmtheit ſagen, ſo folgt dies doch ohne Zweifel aus Vergleichung des letzten Theils von L. 1. D. de receptator. mit dem erſten Theil von L. 1. C. ubi latrones. In dieſen beiden iſt, wie im Texte hienieden gezeigt wird, der nämliche Fall bezeichnet; von dieſem Falle heißt es nun, die Schuldigen ſollten ſo beſtraft werden (*in pari causa habendi*) wie die im erſten Theil von L. 1. D. de recept. genannten *receptatores criminum*, und nach dem erſten Theil der L. 1. C. ubi latr. ſollen ſie mit gleicher Strafe (*pari poena*) als die Hauptverbrecher, die durch dergleichen Handlungen begünſtigt werden, insbeſondre die Räuber beſtraft werden.

116) Vgl. L. 48. §. 1. 2. 3 D. de furtis, wo von dem *qui celat* oder *qui recipit* nicht blos als *fur*, ſondern auch als *plagiarius* die Rede zu ſeyn ſcheint, mit L. 54. §. 4. D. de furtis. — Doch ſagen dieſe Stellen, von welchen unten die Rede ſeyn wird, für dieſe Anſicht weniger, als andre, die ebenfalls weiter unten erörtert werden ſollen. Vgl. noch L. 36. §. 2. D. de furtis: *fures, qui se invicem celarunt*, und *receptores abigeorum*, die gelinder als die *abigei* beſtraft *werden, welche* ſelbſt eine Art von *fures* ſind. L. 3. §. 3. *L. 2. und L. 1. pr. de abig.*

Forderung der Gerechtigkeit Genüge thun kann, auch wo es die Begünſtigung für eine Art der Complicität erklärt. Ich kann ſehr gut begreifen, daß franzöſiſche Schriftſteller ſich gegen die Anſicht ihres poſitiven Rechts erklärten, welches receleurs als complices betrachtet, da die complices nach der allgemeinen Regel dem auctor gleich beſtraft werden. Allein, ſobald man von dieſer Regel abweicht, verliert jene Polemik wenigſtens einen großen Theil ihres Gegenſtandes.

Wir müſſen aber zu unſerm Gegenſtand und zum römiſchen Rechte zurückkehren. Die erſte Beſtimmung der L. 1. C. de his qui latrones [117]) gehört eigentlich gar nicht unter die nämliche Rubrik, als die zweite, die ſich blos auf *receptores latronum* bezieht, ſondern iſt eine mehr allgemeine Beſtimmung gegen diejenigen, welche *criminis reos* überhaupt aufnehmen und verbergen und unter gewiſſen Vorausſetzungen mit derſelben Strafe, als die, welche ſie aufgenommen haben, beſtraft werden ſollen. Die darin vorkommenden Worte: *eum eamve*, ſind vielleicht richtiger zu leſen: *reum reamve* [118]), und dann möchten die Worte, worauf es ankommt, ſich, nach richtiger Abtheilung, alſo darſtellen: Eos qui secum, alieni criminis reos occultando, reum reamve sociarunt etc. [119]). Dieſe Sprechweiſe iſt auch bei den Alten

117) Dieſe Beſtimmung bildet im Codex Theodosianus unter dem Titel: de his qui latrones aliisque criminibus reos occultaverint IX. 29. eine eigene Conſtitution L. 1., und L. 2. enthält dann den übrigen Inhalt von L. 1. Cod. Just. de his qui latron. Beide Conſtitutionen im Cod. Theod. haben auch verſchiedene Inſcriptionen und Subſcriptionen.

118) Nach der Conjectur meines Herrn Collegen Oſann. Vgl. oben Not. 105.

119) Der Codex Theodos. in L. 1. de his qui latron. hat folgende Worte: Eos qui secum alieni criminis reos occulendo sociarunt, die Gothofredus alſo emendiren wollte: *Eos qui se, cum alieni* criminis reis, eos occulendo so-

ſonſt nicht ungewöhnlich [120]) und das *secum sociare reum*, das neben *occultare* als etwas Beſondres genannt zu werden ſcheint, kann nichts andres heißen, als mit dem Schuldigen eines Verbrechens, indem man ihn verbirgt, gemeinſame Sache machen, oder mit ihm den Gewinn des Verbrechens theilen. Nach dieſer Erklärung, die mit den weiter oben gegebenen Erklärungen anderer Stellen zuſammenſtimmt, erſcheint auch von dieſer allgemeinen auf Verbrechen überhaupt ſich beziehenden Beſtimmung der letzte Theil der L. 1. D. de receptat. die Anwendung im Beſondern zu erhalten. Hier heißt es nämlich: „In *pari causa* sunt qui, cum apprehendere latrones possent, *pecunia accepta vel subreptorum parte* dimiserunt.“ Die Leſeart *quia* ſtatt

---

ciarunt, was freilich einen ganz andern Sinn gäbe, als der oben angegebene Text im Codex Justinianus. Allein Hänel mißbilligt dieſe Emendation, wie mir ſcheint, mit Recht, in der Bonner Ausgabe von 1839. S. 906.

120) Vgl. oben Note 105. und Cicero pro Plancio 30. „quum vel periculum vitae tuae *mecum sociare* voluisses.“ Auch im Cod. Theod. in L. 4. §. 1. de cursu publico VIII. 5. findet ſich der Ausdruck: ad tutelam vitae *sibi quendam sociare*, ſelbſt aedificia moenibus sociata L. 39. C. Th. de operib. publ. XV. 1. und häufiger rem fisco sociare, z. B. L. 2. C. Th. si curialis civ. rel. XII. 18. Eine andre Redensart in der ſchon oben berührten Stelle von Justin. X. 1, 6. Ostenti prorsus genus, ubi in tanto populo *non solum sociari, verum etiam silere parricidium* potuit, findet ſich noch in dem Not. 77. citirten Cap. 6. X. de homicid. in den Worten *socians homicidium*, von denen wir oben geſagt haben, daß ſie beſonders den Anſtifter bezeichnen. Vgl. Not. 8. Sie deuten wenigſtens auf eine Verabredung, die ja zwiſchen dem Anſtifter und Thäter immer Statt findet, eben ſo wie das *sociare parricidium* oben die zwiſchen Mehreren zur Begehung des Vatermords getroffene Verabredung bezeichnet. Vielleicht könnten auch die Worte *secum sociare reum* in L. 1. C. de his qui latrones, wenn ſie nicht auf eine dem Verbrechen nachfolgende Verabredung über Antheil am Gewinn, der für das Verbergen geleiſtet wird, ſollten bezogen werden können, von einer dem Verbrechen vorhergehenden Verabredung, wodurch das Verbergen verſprochen wurde, zu verſtehen ſeyn.

in der Vulgata iſt offenbar unrichtig. Es ſtraft alſo Stelle erſt die *receptatores* der Räuber, d. h. die aus ein Gewerbe Machenden oder es öfters aus Gewohnheit Thuenden, mit gleicher Strafe als die Räuber t. Dann ſetzt ſie denſelben auch bloße *receptores* h, wenn ſie für das Verbergen und Nichtanzeigen Geld einen Theil der Beute genommen haben, unter welcher Vorausſetzung derjenige, der überhaupt einen *criminis reus* bei ſich verbirgt oder beherbergt, *occultat*, *ipit*, *celat*, *recipit*, nach dem erſten Theil von l. C. Jul. de his qui latr., oder nach L. 1. Cod. eod. tit. gleich dem Schuldigen beſtraft werden ſoll. dieſen beſondern Begriff von *socius* noch zuweilen das t *particeps* theile, iſt zum Theil ſchon oben gezeigt den, und ſo läßt ſich auch dem Ausdruck *ut socii ari* der Ausdruck *participare furtum* an die Seite , worunter, wenngleich nicht immer, das Theilneham unerlaubten Gewinn eines Verbrechens, auch ohne ergehende Verabredung verſtanden werden kann [121]). *ticeps fraudis* und *participare fraudem* kommt gewiß in ſolchem Sinne vor [122]), und ſo kann man ſagen, ömer hätten den Ausdruck: am Verbrechen Theil men, oft vorzugsweiſe von ſolchen, die erſt nach Verbrechen hinzutreten und daſſelbe begünſtigen, wenn abei nur an den Vortheilen des Verbres Theil nehmen, gebraucht. Die Neueren n aber gerade den Begünſtiger von dem Begriffe Theilnehmers ausſchließen [123]), wogegen etwas er einige Juriſten meinten, der Name Theilnehpaſſe eigentlich einzig und allein auf die Gehil-

1) Vgl. Not. 74. und die daſelbſt angeführten Stellen, insbeondre L. 1. pr. D. si familia furtum fec. dic.

2) Vgl. die Stellen, ebendaſelbſt.

3) Beſonders Mittermaier zu Feuerbach §. 53. Not. 2.

fen[124]), und ich muß geſtehen, daß in gewiſſer Hinſicht dieſe eben ſo Recht als jene hatten, indem man Theilnehmer an der That ſtreng genommen eben ſo wenig die Anſtifter als die Begünſtiger, ſondern nur vorzugsweiſe die Mitthäter nennen kann. Ueberhaupt habe ich ſchon oben bemerkt, daß der Ausdruck Theilnehmer zur Bezeichnung derer, die man paſſender Mitſchuldige nennt, ſeiner Vieldeutigkeit wegen nicht zu empfehlen ſey[125]), und es kommt immer darauf an, auf welchen Nebenbegriff man den von Theilnehmer bezieht. Ich will gern zugeben, daß es darnach in gewiſſer Beziehung unlogiſch ſey, den Begünſtiger einen Theilnehmer zu nennen, wie Mittermaier ſagt[126]), allein gerade in dieſer Beziehung iſt es nicht mehr und nicht weniger unlogiſch, als den Anſtifter ſo zu nennen. In andrer Beziehung iſt ein Begünſtiger, wie der in L. 1. D. de receptat. genannte, *qui latronem subreptorum parte accepta dimisit*, ein *particeps* oder Theilnehmer viel natürlicher zu nennen, als z. B. derjenige Anſtifter oder Gehilfe, der, wie L. 50. §. 1. D. de furtis ausdrücklich ſagt, den Dieb zum Diebſtahl anſtiftete oder ihm dabei Hilfe leiſtete, *non idcirco, ut socii furarentur, inimicitiarum tamen causa*

124) Vgl. Meiſter in der frühern Ausgabe ſeiner princip. jur. crim., wie ſchon oben Note 20. bemerkt wurde. Auch Roßhirt Entwicklung S. 276. ſpricht z. B. von ſolchen, die zur Verübung des Verbrechens ihre Häuſer leihen, in Beziehung auf eine auch ſchon Note 47. und ſonſt von uns oben berückſichtigte Stelle, von weiblichen Theilnehmern oder *sociis*. Allein es kommt hier darauf an, in welchem Sinne er *socii* nimmt; denn wenn er es ſo, wie öfters die Neueren z. B. Feuerbach nähme, ſo ſchiene hier ſeine Anſicht der frühern Meiſter's näher zu kommen. Doch ſpricht er von Theilnehmern ſonſt in einem allgemeinen Sinne.

125) Man vgl. oben die Noten 5. 6. 8. 24. 72. 74.

126) Zu Feuerbach a. a. O.

fecit, oder der, wie es sonst heißt, durch sein *consilium malignum* Mitschuldiger des Diebes, ja selbst als Dieb angesehen wird, *licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit* [127]). Und gleichwohl ist vielleicht bei den Römern mer *latronum fautor* [128]) nicht als *latronum conors*, nicht als eigentlicher Mitschuldiger des Räubers der mit dem Räuber selbst *in eadem causa obnoxius*, bschon mit ihm gleich strafbar angesehen worden, wos gegen derjenige, *qui furem celavit*, ohne allen Zweifel ls Mitschuldiger des Diebstahls, ja selbst als *fur* an esehen wurde [129]), auch ohne vorherige Verabredung nd auch ohne Theilnahme am Gewinn [130]). Ich kann

127) Vgl. L. 50. §. 1. 2. D. de furt. mit L. 54. §. 2. D. eod. tit. und L. 53. §. 2. D. de V. S. Vgl. auch C. C. C. art. 40.: „von geraubtem oder gestohlnem Gut Theil und Beut nimbt."

128) *Fautor* ist zwar ein lateinisches, auch in den Quellen vorkommendes Wort, wo auch *faventes facto* L. 24. Cod. Th. de Judaeis XVI. 8. steht, aber es kommt nicht in derselben technischen Bedeutung, wie wir das Wort Begünstiger gebrauchen, vor. Bei Cicero ad Attic. I. 16. findet sich *fautor flagitii*. Daselbst steht auch der Ausdruck *commissatores conjurationis*, verächtlich statt *socii*. Unserm technischen Ausdruck Begünstiger scheint einigermaßen der Ausdruck *susceptor* zu entsprechen, den neben dem Wort *receptores*, in Beziehung auf latrones und aggressores, Paulus gebraucht in R. S. Lib. V. tit. 3. §. 4. Vgl. auch Asconius in Verrem III. 39., wo *susceptor pecuniarum* scil. Verris flagitiis portarum den Sinn von *receptor* hat, dagegen allgemeiner: *militantium susceptor* defensorque causarum in L. 6. C. Theod. de cognitor. et provocat. II. 12. Die *susceptores aleatorum* in L. 1. D. de aleat. sind *receptores*. Vgl. noch *suscepit* in L. 1. de his qui latron., was ebenfalls allgemeiner steht von allen *qui latrones judicibus offerre supersederint*.

129) L. 48. §. 3. D. de furtis vgl. mit §. 1. u. 2., wo jedoch zwischen *celare* und *non indicare*, so wie zwischen *celare* und *suscipere* ein Unterschied gemacht wird. Vgl. *celare*, *persuadere*, *opem ferre*, *subripere* in L. 36. D. de furtis.

130) Wenigstens drückt dies das Wort *celare*, obgleich verschieden von *non indicare* und *suscipere*, eben so wenig aus, als occul-

daher auch nicht vollkommen Mittermaier beistimmen, wenn er sagt, die Ansicht, daß die Begünstigung ein eignes Delict sey, sey die einzig richtige, dem gemeinen Recht entsprechende. Dies kann wenigstens nicht ohne genauere Unterscheidung zugegeben werden. Gewiß ist es, daß es im römischen Rechte bald so, bald nicht so war, und der Unterschied zwischen delicta privata und crimina publica war hierbei nicht einzig entscheidend. Ein Beweis hierfür kann freilich daraus nicht geholt werden, daß unmittelbar nach dem Satze: der Diebshehler (qui furem celat) sey wie der Dieb verantwortlich (actione furti tenetur), in L. 48. §. 1. D. de furt., der *fur* und *plagiarius* zusammengestellt wird, L. 48. §. 2. h. t. — Das *crimen legis Fabiae de plagiariis* umfaßte verschiedene Verbrechen in sich, und zwar nicht blos das *scienter emere, vendere liberum hominem*, in welchem Falle Käufer und Verkäufer, Mitschuldige oder Consorten derselben Untersuchung, *eodem crimine capitali obnoxii* waren [131]), sondern auch das sogenannte *crimen suppressi mancipii* [132]). Zu dem Thatbestande desselben gehörte es aber: *fugitivum alienum suscipere et celare*, wo also das

---

tare in L. 1. pr. C. de his qui latrones. Auch liefern die Worte: *licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit*, in L. 54. §. 4. D. de furt., obschon sie hier zunächst nur vom *adjutor*, nicht vom *fautor* gebraucht sind, für das oben im Text Behauptete ein Argument.

131) In L. 1. D. de leg. Fabia de plagiariis. Hier beweisen die Worte: *Capitale crimen adversus emptorem ex lege Fabia de plagio descendit, quo venditur quoque fit obnoxius*, wohl unwiderleglich, was ich schon oben bei Gelegenheit des Ausdrucks *in eadem causa obnoxii* in Beziehung auf die eigentliche Bedeutung von *consortes* und *complices* gesagt habe, in Note 4. 5 u. f. und dem dazu gehörigen Texte.

132) L. 3. pr. D. de leg. Fab.

suscipere et celare nicht von dem Geſichtspunkt einer Begünſtigung aufgefaßt werden kann, wie auch nicht das in die erſte Kategorie fallende *hominum ingenuum invitum celare* [133]). Auch wird in Rückſicht auf manche hierbei bemerkliche Subtilitäten ausdrücklich geſagt, *posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium existimari*, obgleich ſonſt bei der Anklage des ein judicium publicum begründeten Fabiſchen Geſetzes Einiges sogar nach Analogie der ganz rein vom Geſichtspunkt einer causa privata ausgehenden Klage des Aquiliſchen Geſetzes beurtheilt wurde [134]). Im Allgemeinen wurden durch das Fabiſche Geſetz mehrere Fälle criminell gemacht, die an ſich auch civilrechtlich durch die actio furti [135]) oder servi corrupti [136]) oder ſonſt verfolgbar geweſen wären. Uebrigens finden ſich auch abgeſehen von dem Fabiſchen Geſetze Beiſpiele der Verfolgung von Begünſtigern als Mitſchuldigen durch eine öffentliche Anklage [137]). Eigent-

133) L. 5. D. eod. tit. vgl. mit L. 6. §. 2. D. eod. tit.

134) L. 6. pr. et §. 1. vgl. mit L. 3. §. 1. D. eod. tit.

135) Die in L. 6. pr. D. de leg. Fab., wie auch ſonſt in Beziehung auf die *infamia damnatorum* als *crimen furti* bezeichnet wird.

136) Vgl. L. 6. §. 2. D. de leg. Fab. mit L. 1. pr. et §. 5. D. de serv. corr. und L. 48. §. 2. 3. D. de furtis. Vgl. auch §. 8. I. de obligation. quae ex delicto und L. 1. C. ad leg. Fab.

137) Nach der Lex Julia peculatus ſcheinen die Beamten, *qui tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt*, und *qui ministerium eis ad hoc exhibuerint* und *qui subtractas ab his scientes susceperint*, als Mitſchuldige mit gleicher Strafe beſtraft worden zu ſeyn, §. 9. I. de public. judic., und es iſt hierbei nichts bemerkt, was vermuthen ließe, die letztgenannten, die von Gehilfen genau geſchieden ſind, fielen nicht unter den Begriff, den man ſich heut zu Tage von Begünſtiger macht. Auf der andern Seite ſcheinen z. B. das in *L. 6. §. 2. D. ad leg. Jul. pecul.* genannte *furari aurum ex metallis Caesarianis* und das *furanti signum praebere*

lich aber gehört dieſer Punkt nicht unmittelbar zum Gege
ſtande der vorliegenden Unterſuchung, die jedoch es in a
derer Rückſicht erfordert, noch einen Augenblick bei de
Fabiſchen Geſetz zu verweilen. Die in den Pandekten dara
ſich beziehenden Fragmente haben uns einige urſprüngli
Worte des Fabiſchen Geſetzes erhalten, worunter ſich au
das Wort *socius* findet. Sowohl in ſofern das Verb

---

zwei beſondere Delicte conſtituirt zu haben, obgleich die e
Handlung mehr den Charakter einer Hilfsleiſtung zur
reichung des Zwecks der andern, als den einer Begünſtigu
hat, und gewiß wird ſich daraus nicht ſchließen laſſen, in al
ähnlichen Fällen ſey es eben ſo gehalten worden. Nach L.
§. 2. C. de rapt. virg. ſcheinen die *raptores* ſowohl als i
ministri diejenigen *qui eos susceperint* Mitſchuldige deſſel
Verbrechens, obgleich nicht alle gleich ſtrafbar, und in L. 9.
ad leg. Jul. de vi publica v. priv. werden ausdrücklich
gleiche Verbrechen erklärt *rapere* und *ei qui rapuit rapt
rem, scientem delictum servare*, obgleich daraus eben n
zu ſagen iſt, ob ſchon die Leges Juliae de vi dieſe Mitſch
begründeten. Eine ſchon vorher Statt gehabte *conscien*
oder Verabredung beider Mitſchuldigen wird auch hier wer
ſtens nicht ausdrücklich vorausgeſetzt, eben ſo wenig als in
Worten *rapuisse*, *recepisse* des Edikts in L. 1. pr. D.
incendio. Vgl. L. 3. §. 3. 4. und 8., wo die Worte
puisse, *lucrative* in der oben Note 70 a. E. berührten St
vorkommen. Vgl. ferner die unten zu Note 140. noch an
führenden Worte der L. Jul. peculatus: *auferat*, neve
rem suam vertat. — Das in L. un. C. de fals. mon
genannte *scelus non prodere*, das nebſt *facere* und *mini
rium praebere* als die Folge des *domum fisco vindic
habend genannt wird, ſcheint wohl nicht beſtimmt im nach
genden *conscii* oder der die Mitſchuld bezeichnenden *consci
tiae gravis noxa* mit enthalten zu ſeyn. Bei dem W
ignorare ſcheint auch das dabei vorkommende *ante* zu ber
ſichtigen. Die Beſtrafung der *conscii* und *conscientia* d
opem non ferre und *nec postea prodere* in L. 1. §.
30. 31. L. 6. L. 14. beruhte natürlich auf beſonderen R
ſichten. Merkwürdig aber ſind die Worte in L. 3. §. 12.
quis quem eorum servum servamve ex ea familia
ejus facinoris noxius erit, *receperit* vel *celaverit* sci
dolo malo in ea causa est, ac si *lege quae de
cariis lata est*, *facinoris noxius* fuerit, scil. serv
Mitſchuldig des *servus* und verfallen mit ihm in
L. 1. pr. genannte *quaestio* war aber wohl ein ſolcher
günſtiger nicht.

chen an einem freien Menſchen, als in ſofern es an Sklaven begangen werden kann, ſagte das Geſetz nach Angabe der Hauptthat, worunter auch in beider Rückſicht das *celare* im oben angegebenen Sinn mit begriffen iſt: *quive in earum qua re*, oder *quive in ea re socius erit*[138]). Da in Beziehung auf Verkauf unter den Hauptſchuldigen nur der Käufer genannt iſt, würde man wohl als *socius* auch den Verkäufer anzuſehen haben, der auch als Mitſchuldiger nach dem Käufer in L. 1. D. de leg. Fab. genannt wird. Auf der andern Seite wird nicht nur in l. 7. C. h. t. *plagiarius* derjenige genannt, der gegen das Geſetz veräußerte, und vom Verkaufe von Seite desjenigen, *qui abduxit plagio*, in L. 11. C. geſprochen, ſondern es wird auch in L. 10. C. von dem *comparans ab eo qui abduxit plagio mancipia*, alſo vom Käufer geſagt, er ſey nicht ſtrafbar, *si delicti socius non probetur*, d. h. wenn nicht ſeine Wiſſenſchaft um die unrechtmäßige That und dadurch ſeine Mitſchuld bewieſen ſey. Hierdurch wird nun unſre Anſicht von den verſchiedenen Bedeutungen von *socius*, wie wir ſie bisher entwickelt haben, beſtätigt, ohne daß wir nöthig hätten, eine neue anzunehmen. Namentlich wird hierdurch die Anſicht beſtätigt, daß *socius* häufig im allgemeinen Sinne alle Mitſchuldigen andeutet, ſelbſt den Thäter mit begriffen. Daß bei den Worten: *quive in ea re socius erit*, an eine ähnliche Bedeutung gedacht werden müſſe, als bei dem oben erklärten Ausdruck: *secum reum sociare*[139]), ſcheint nicht angenommen werden zu können. Doch ſcheinen die römiſchen Strafgeſetze mit andern Worten zuweilen auch hierauf Rückſicht genommen zu haben, wie eine uns erhaltene

138) L. 6. §. 2. D. h. t.

139) In L. 1. C. de his qui latrones.

Stelle der Lex Julia peculatus [140]) zeigt: „Ne quis ex pecunia sacra religiosa publicave *auferat*, neve intercipiat, neve *in rem suam vertat*", welche Worte auch auf diejenige Art von Begünstigung paßt, die nach Einigen durch freiwillige Theilnahme an den Vortheilen der That begangen wird. Dies gehört wenigstens nach Feuerbach §. 53. mit unter den Begriff von Begünstigung, und in sofern er diese Art derselben als wirkliche Mitschuld erklärt, ist seine Ansicht wohl den Gesetzen so fremd, als zu diesem §. 53. von Mittermaier Note 1. behauptet wird. Ich kann daher auch besonders in dieser Beziehung die in Note 2. ausgesprochene Meinung nicht theilen, die Ansicht, die den Begünstiger als einen Theilnehmer ansehe, habe keine rechtliche Grundlage. Ich kann sie selbst dann nicht theilen, wenn, wie es scheint, darunter die philosophische oder allgemeine Grundlage und unter Theilnehmer überhaupt der Mitschuldige verstanden wird. Warum sollte es der Natur der Sache oder auch einer gesunden Criminalpolitik so sehr widerstreben, wenn z. B. derjenige, der sich nicht scheute, auch erst nach begangenem Diebstahl und ohne vorhergegangene Verabredung Theil zu nehmen am unerlaubten Gewinn, und unter dieser Bedingung den Dieb laufen läßt, den er sonst zur geeigneten Strafe hätte bringen können, auch Theil nehmen muß an der gegen den Dieb einzuleitenden Untersuchung? Dabei bleibt es ja dem Gesetzgeber immer noch unbenommen, die Strafe desselben nach dem richtigen Strafmaaße festzusetzen. In der von Mittermaier bei dieser Gelegenheit angeführten Stelle von Roßhirt [141]), wo nach römischen Ansichten der Unterschied zwischen *receptator*, worauf es

140) *L. 1. D.* ad leg. Jul. pec.

141) Entwickl. S. 276.

bei obiger Frage vorzüglich ankommen soll, und *socius* entwickelt wird, ist die Bedeutung dieser Worte auf eine Weise erklärt, mit der ich nach dem bisher Erörterten nicht vollkommen einverstanden seyn kann.

In Beziehung auf die oben genannten Worte des Fabischen Gesetzes: *quive in ea re socius erit*, habe ich noch zu bemerken, daß ich die Ansicht Luden's [142]) nicht theilen kann, der darin die gewöhnliche Formel zur Bezeichnung der Theilnahme in den römischen Gesetzen sieht [143]). Noch weniger kann ich mit ihm darin übereinstimmen, wenn er behauptet, „jene Formel scheine freilich zu unbestimmt zu seyn, um daraus zu erkennen, was zur strafbaren Theilnahme erforderlich war, indessen sey durch dieselbe wohl jedenfalls das Verhältniß angedeutet, daß die verschiedenen Theilnehmer in Hinsicht ihres *dolus* in einer wirklichen Gesellschaft zu einander standen, und sich also vor Ausübung des Verbrechens darüber verabredet hatten." Von einer solchen *communio doli* als Grundlage des Begriffs von *socius criminis* habe ich in den Quellen nicht die mindeste Spur gefunden, obschon es nicht bezweifelt werden kann, daß *socii* häufig die Mitglieder einer Verschwörung oder diejenigen, die sich gemeinschaftlichen

142) Abhandlungen Th. I. S. 298.

143) Ich kenne kein neueres Beispiel als in L. 6. §. 2. D. ad leg. Fab. In der Lex Servilia repetundarum, deren Fragment Klenze, Berlin 1825, herausgegeben hat, ist von *socius* gegenüber dem *civis* S. 2. also in einem ganz andern Sinne die Rede, und die Worte: quive ei *sodalis* quive in eodem *collegio* sit, S. 15. 36. 39. gehen auch auf etwas ganz anderes. Sonst aber ist öfter von pecunia *ablata* capta coacta conciliata *aversaque* als Gegenstand der quaestio S. 2. 5. und sonst im Gesetze die Rede, was an andere ähnliche oben hervorgehobene Ausdrücke anderer Gesetze erinnert, die das Theilnehmen an einem durch Verbrechen erworbenen Gewinn mit in die Strafbestimmung aufnehmen. Der von Luden angeführte §. 8. I. de oblig. quae ex delict. IV. 1. enthält obigen Ausdruck nicht.

Gewinns wegen zu Begehung von Verbrechen verbunden haben, bedeute, wenn gleich der Grundsatz galt: *rerum inhonestarum nullam esse societatem* [144]). Nach den bisher gegebenen Erörterungen wird es auch nicht nöthig seyn, noch etwas zur Widerlegung obiger Behauptung beizufügen. Im Uebrigen glaube ich, die mir gestellte Aufgabe gelöst und keine Bedeutung des Wortes *socius* in den römischen Rechtsquellen unerörtert gelassen zu haben. Was in der Lehre von der *complicità* oder *correctà* unter dem Begriffe *società* von Carmignani in Beziehung auf delicta universitatum und collegia illicita vorgetragen wird [145]), liegt natürlich

144) In Beziehung auf eine etwa daraus abzuleitende Civilverbindlichkeit cf. L. 57. D. pro socio, wie es auch §. 7. I. de mand. heißt: Illud quoque *mandatum* non est *obligatorium* quod contra bonos mores est, ... licet enim poenam istius facti nomine praestiteris non tamen ullam habes adversus Titium actionem. Daß auch der *mandator* öfter wie *factor* bestraft wurde, ist bekannt.

145) Teoria delle leggi della sicurezza sociale, Pisa 1831. Vol. II. p. 398. Hier ist unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte von *complicità contemporanea alla offesa*, in §. II. *della società* und § I. *della propria e vera complicità e della correctà* gehandelt, zu §. II. aber not. 1. gesagt: „Nel significato generale della parola *socii* di dilitto si passono comprendere anco le *università*, che lo commettano." Ich kann wohl dies auf sich beruhen lassen, will aber nur noch darauf aufmerksam machen, daß Carmignani pag. 402. von *complicità posteriore alla offesa* und unter diesem Titel von Begünstigungen und besonders receptatores spricht, in welcher Lehre ihm das römische Recht quasi inestricabili antinomie darzubieten scheint. — Er beruft sich dabei auch auf A. Matthaei de criminib. Lib. 47. tit. 10. cap. 2., wo aber auch die Schwierigkeit nicht ganz gehoben ist, obschon die Ansicht in §. 2., daß *receptores* strenger zu strafen seyen, wenn sie mit dem Verbrecher *societatem sceleris et turpis lucri contraxerunt*, weil sie dann eine doppelte Schuld hätten als *recipientes* und *participantes spolia atque rapinas*, der Wahrheit sehr nahe, so wie der Sprachgebrauch dem des römischen Rechts nicht sehr ferne steht. Nani in seinen Anmerkungen zu A. Matthaei l. l. edit. Ticin. a. 1803. p. 148. *not. 1.* hat sich wieder weiter von der richtigen Ansicht ent

außer dem Kreiſe unſrer Unterſuchung, obgleich auch hierbei manches auf Unterſuchung des römiſchen Sprachgebrauchs und des Verhältniſſes von societas zu universitas ankommen wird [146]).

A. Matthäi, der in Hinſicht auf Interpretation des römiſchen Strafrechts ſo manche Verdienſte hat [147]), hat über die Bedeutungen von *socii* und *societas* im römiſchen Recht auch nicht genügende Auskunft gegeben, obſchon auch er ſich weit weniger als die neueren Criminaliſten vom römiſchen Sprachgebrauche entfernt hat [148]), was wir ſelbſt von Boſſius und Damhouder rühmen müſſen [149]).

ſernt, indem er die L. 1. C. de his qui latron. in Vergleichung mit L. 1. C. Theod. h. t. und auf Gothofredus ſich berufend ſo auslegt: Etsi a crimine sit occultator alienus, *societatem* tamen criminis, dum occultat, fatetur et subit. *Praesumtionem* scilicet juris et de jure criminis societas a rei occultatore contracta intelligitur ob id ipsum, quod eum occultaverit. Daß dieſe Anſicht falſch ſey, brauche ich wohl nicht auszuführen. Vgl. jedoch Note 64. und den Text zu Note 102.

146) Neuerdings ſind dieſe Fragen von Savigny, Syſtem des heutigen Rechts, Th. II. S. 310. und S. 255 u. f. erörtert worden, mit gewohnter Trefflichkeit, allein ich habe dagegen manche Bedenken, die ich einer andern Gelegenheit vorbehalte.

147) Herr Profeſſor G. W. Vreede, mein ehemaliger Zuhörer in Löwen, und gegenwärtiger Nachfolger in Utrecht, der im J. 1831 zu Leiden de crimine atque incrementis libertatis Anglorum ſeine Doktoralabhandlung vertheidigte, hat vor Kurzem de Antonio Matthaeo eine Antrittsrede gehalten, die demnächſt im Druck erſcheinen wird.

148) Vgl. beſonders Prolegomena Cap. I. §. 6 u. f., wozu Nani in der oben angeführten Ausgabe von 1803 nichts Bedeutendes beigefügt hat. Doch hat auch er in Beziehung auf die von A. Matthaei angeführte Stelle Cicero's Philipp. 2., wo von *sunsor* und *probator* geſprochen wird, S. 10. not. 7. durch den Zuſatz: allata verba recte *auctorem* explicasse, haud mihi persuadeo, bewieſen, daß ihm die wahre Bedeutung von *auctor* bekannt war.

149) *Cf. A. Bossii* tractatus ad rem crim. pertin., Venetiis 1570, tit. 1. de delicto §. 34 sq. pag. 4. von principa-

Wenn Roßhirt sagt, in keiner Lehre sey es mehr nöthig, auf die Geschichte der Dogmen zurückzugehen, als in der Lehre von den Theilnehmern, zumal nur auf solche Weise der bis zur Verwirrung der Begriffe gediehene Streit über Miturheber, Gehilfen und Begünstiger beigelegt werden könne [105]), so wollen wir dieses nicht in Abrede stellen. Meiner Ansicht nach ist aber eine gründliche Untersuchung des eigentlichen Sprachgebrauchs der Quellen in dieser Lehre nicht weniger wichtig, da nicht nur allein hierdurch theilweise auch die Dogmengeschichte selbst, sondern auch zum Theil noch die Entscheidung mancher wichtigen praktischen Frage bedingt und überhaupt die Kenntniß der Quellen des gemeinen Rechts befördert wird, das fortdauernd noch die Grundlage auch des Partikularrechts in Deutschland bleiben wird. Es würde mich freuen, wenn man in dieser Hinsicht der vorliegenden Arbeit das Verdienst eines kleinen Beitrags zur Abhilfe eines gefühlten Bedürfnisses zuerkennen könnte.

---

lis, von *mandans*, *consilio*, *ope*, *auxiliator* und *accessorius* §. 45. pag. 5., im Tit. de indiciis pag. 108. §. 183 sq. von *socius* und *particeps*. Bei Damhouder practica rer. crim. cap. 50. nr. 14., Antverp. 1646. p. 39. sind *socii* ganz richtig genannt *eodem crimine irretiti*.

150) Entwicklung S. 229. 230.

II.

Der deutsche Strafprozeß,

verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren,

mit Prüfung

der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung.

Von

Mittermaier.

I. Einleitende Betrachtungen.

Während in den letzten Jahren in Deutschland so viele Strafgesetzbücher erschienen und häufig auf andere Grundlagen gebaut sind, als wir sie in den vor 20 oder 30 Jahren erschienenen Gesetzbüchern erblicken, sind Strafprozeßordnungen weit seltener, und da, wo neue Entwürfe vorgelegt werden, geschieht dies mit einer auffallenden Zurückhaltung und einer sichtbaren Angst vor einer durchgreifenden Umgestaltung des Verfahrens. In den Verhandlungen über solche Entwürfe bemerkt man nicht blos eine große Unklarheit der Vorstellungen, sondern auch eine dem Zustandekommen eines den Bedürfnissen entsprechenden Gesetzbuchs nachtheilige Halbheit der vorgeschlagenen Einrichtungen. Es ist nicht schwierig, einige Fehler hervorzuheben, welche mehr oder minder allgemein bei der Bearbeitung und der Prüfung neuer legislativer Arbeiten über Strafprozeß bemerkbar sind.

I. Man erkennt nicht genug die Wechselwirkung, welche zwischen dem Strafgesetzbuche und der Strafprozeßordnung Statt findet. Jedem Gesetzgeber schwebt mit Recht als einer der wichtigsten Nebenzwecke bei der Drohung der Strafen der vor, daß die Strafe der Unterthanen von der Verübung von Verbrechen abschrecke. Man verkennt aber, daß diese Abschreckung nur möglich wird, wenn die Gewißheit begründet ist, daß der Uebertreter eines Strafgesetzes auch sicher die gerechte Strafe leide, und wenn sie rasch, da wo das verübte Verbrechen noch im allgemeinen Andenken lebt, dem Verbrecher folgt. Dies zu bewirken, hängt nur von der Strafprozeßgesetzgebung des Landes ab. Durch das Verfahren sollen die Mittel gegeben werden, den Schuldigen zu überweisen, und den urtheilenden Richter in den Stand zu setzen, die Wahrheit auszumitteln, und gegen den Schuldigen die gerechte, seiner Verschuldung entsprechende Strafe zu erkennen. Je mehr aber das Strafverfahren gesetzlich so organisirt ist, daß durch die Langsamkeit, mit welcher die Strafe auf das Verbrechen folgt, ein großer Theil des Eindrucks bei dem Publikum geschwächt ist, je mehr der urtheilende Richter der Mittel beraubt wird, die Wahrheit zu entdecken, desto mehr Lossprechungen Schuldiger werden erfolgen, desto weniger wirksam wird die Strafdrohung seyn. Der zum Verbrechen Entschlossene findet in der durch diese Lossprechungen bestätigten Erfahrung, daß der Schuldige der verdienten Strafe durch kluges Läugnen sich entziehen kann, eine Aufforderung, seinen Entschluß auszuführen; die Strafdrohung kann ihn nicht abhalten, weil er darauf rechnen kann, daß in der Mehrzahl der Fälle sie nicht zur Anwendung kommt, und die durch Verbrechen Verletzten, z. B. die Bestohlenen, haben keine Lust eine Anzeige von dem Verbrechen bei Gericht zu machen, weil sie voraus wissen, daß es nicht nützt, und die Wahrschein-

eit der Losſprechung des Thäters ſie abhält, die Mü-
, Unbequemlichkeiten und den Zeitverluſt zu überneh-
, welchen die Ablegung des Zeugniſſes bei Gericht
ſich zieht. Wer mag im Ernſte glauben, daß eine
afdrohung wirkſam ſeyn kann, wenn die Bürger ſehen,
von 100 Angeſchuldigten nur ein Drittel verurtheilt
d, während ein Drittel völlig losgeſprochen und ein
eres Drittel von der Inſtanz entbunden wird? Es liegt
er menſchlichen Natur, daß die gegenwärtige Luſt mit
her Kraft auf das Gemüth wirkt, daß die Vorſtellung
in der Zukunft möglicher Weiſe drohenden Uebels in den
tergrund tritt, und der Handelnde an das Eintreten
es Uebels um ſo weniger glaubt, je mehr die Erfah-
ng ihn belehrt, daß in der Mehrzahl der Fälle das Uebel
ht nothwendig mit der Handlung verbunden iſt.

II. Ein großes Hinderniß der Einführung beſſerer
richtungen in dem Strafprozeſſe liegt in der Sitte,
politiſche Seite neuer Vorſchläge vorzugs-
iſe hervorzuheben. Man hat in neuerer Zeit oft von
n Freunden des Fortſchritts die Wohlthaten der Oef-
ntlichkeit, Mündlichkeit, des Anklageverfahrens prü-
hören, und iſt nun gewöhnt, bei jenen Einrichtun-
n ſchnell an eine geheime Abſicht zu denken, aus welcher
ſe Verbeſſerungen empfohlen werden; man ſcheut ſich
ihnen, weil ſie von Männern empfohlen werden, deren
rſchläge man für verdächtig hält, da man ihnen ge-
me, der bürgerlichen Ordnung nachtheilige Zwecke unter-
ebt, und hält die Forderung der Umgeſtaltung des
afprozeſſes gern für einen Vorwand und eine Maske,
ter welchen die Vertheidiger politiſche Zwecke zu erreichen
hten. Nicht ſelten wurden auch von ehrenwerthen Män-
n die politiſchen Vortheile z. B. von Oeffentlichkeit
ſehr als Hauptſache hervorgehoben, während die gründ-
e *Erwägung vor Allem* verlangt, jene vorgeſchlagenen

Einrichtungen nach ihrem juristischen Charakter in sofern zu würdigen, als sie Mittel zur Erreichung des Zweckes sind, welcher durch den Strafprozeß erreicht werden soll. Es ist sehr zu beklagen, daß vorzüglich manche Regenten, welche das Glück ihrer Völker mit reinem Willen zu befördern wünschen, durch ihre Rathgeber in Bezug auf den Strafprozeß irregeleitet sind, und durch ihre erhabene Stellung außer Stand gesetzt, selbst durch eigene Erfahrung die Nachtheile des gegenwärtigen Zustandes und die Vortheile der neuen Vorschläge zu würdigen, die empfohlenen Einrichtungen der Oeffentlichkeit, der Staatsanwaltschaft u. A. mit einer gewissen Ungunst betrachten, weil sie entweder jene Vorschläge nur als Ausflüsse excentrisch liberaler politischer Ansichten oder als Produkte der Revolution, und nur in Frankreich und England einheimisch, aufzufassen gewöhnt sind. Das Zeugniß der Geschichte, welche zeigt, daß das öffentliche, mündliche, auf Anklageprozeß gebaute Verfahren bis zum 16ten und in mehreren Ländern bis zu dem 17ten Jahrhundert in Deutschland das allein geltende, aus den innersten nationalen Verhältnissen hervorgegangene war und nur durch unzweckmäßige Anwendung canonischer Bestimmungen, durch Mißverständnisse und durch die Gerichtseinrichtungen Deutschlands verdrängt wurde, sollte eines Besseren belehren.

III. Nicht weniger nachtheilig ist die Sitte, die verschiedenartigen Einrichtungen, welche bei der Berathung über die Umgestaltung des Strafprozesses zur Sprache kommen, in eine Klasse zu werfen, und sie als nothwendig mit einander verbunden zu betrachten. Es ist eine häufig verbreitete Vorstellung, das auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebaute Verfahren in eine *unzertrennliche* Verbindung mit dem Geschwornengerichte *zu stellen, und* den Glauben zu verbreiten, daß diejenigen,

he die zuerst genannten Einrichtungen vertheidigen,
als nothwendig die Einführung der Geschwornen-
hte verlangen. Durch diese häufig aus Schlauheit
reitete Meinung erschreckt man Manche, welche jene
chte für unpassend erkennen und zu ihrer Einführung
nitwirken möchten, dann aber auch mißtrauisch gegen
Oeffentlichkeit u. a. werden und ihr Verdammungs-
il über dieselbe zugleich mit dem über die Geschwor-
aussprechen, während die gründliche Erwägung lehrte,
sehr gut ein öffentliches Verfahren in der Haupt-
rsuchung vor rechtsgelehrten angestellten Richtern vor-
nen kann, ohne daß Geschworne nothwendig werden,
die Erfahrung von Italien, von den Niederlanden
der Schweiz sehr gut lehrt, daß jenes Verfahren seine
heile auch ohne Geschwornengerichte bewährt. Eine
e Unklarheit der Vorstellungen zeigt sich auch in Bezug
die Oeffentlichkeit. Es ist auffallend, daß man das
tliche Verfahren in der Art, daß vor den urtheilenden
tern und dem Angeklagten alle Beweise benutzt werden
, nicht von der Oeffentlichkeit trennen kann, welche
r Zulassung des Publikums zu allen Verhandlungen
ht. Durch dies Zusammenwerfen der Formen erreicht
freilich den Zweck, diejenigen, welche von der Ge-
art des Publikums Nachtheile besorgen, zu Gegnern
Oeffentlichkeit überhaupt zu machen.

V. Es hat der gründlichen Prüfung der neuen Ein-
ungen wesentlich geschadet, daß so viele Personen,
e darüber sprechen, das auf Oeffentlichkeit, Münd-
it und Anklageprincip gebaute Verfahren gar nicht
n und nur nach einigen über den Gegenstand geschrie-
n Büchern oder höchstens nach einer flüchtigen Beob-
ung urtheilen, die sie auf einer Reise durch Frankreich
die Rheingegenden sich erworben haben. Bilde sich
and ein, das mündliche Verfahren dadurch kennen

zu lernen, daß er einige Male in einer öffentlichen Gerichtssitzung gegenwärtig war. Jenes Ineinandergreifen der Verhandlungen, die Bedeutung der einzelnen Einrichtungen und vorzüglich das Verhältniß der Untersuchungshandlungen während der Voruntersuchung wird weder durch die Beobachtung einer Gerichtssitzung noch durch das bloße Lesen des französischen Code klar; nur eine lange fortgesetzte Beobachtung einer Theilnahme an solchen Verhandlungen in der Eigenschaft als Richter oder als Vertheidiger kann in den Stand setzen, ein gründliches Urtheil zu fällen. Es tritt der nämliche Fall häufig auch bei den ausländischen Juristen ein, welche über den deutschen Strafprozeß urtheilen, und durch ihre Uebertreibungen und ungerechten Beschuldigungen zeigen, daß sie den deutschen Prozeß in seiner Anwendung nicht kennen. Tadel verdient es aber auch, daß diejenigen, welche an neuen Gesetzgebungsarbeiten über Strafprozeß Antheil haben, einseitig, da von dem öffentlich mündlichen Anklageverfahren die Rede ist, nur den französischen Prozeß vor Augen haben und entweder ihre Vorschläge nur von dem was in Frankreich besteht, entlehnen, oder wenn sie jenes Verfahren angreifen, es in jener Ausbildung auffassen, welche es in der französischen Gesetzgebung erhielt. Das Studium des englischen Strafprozesses sollte nie vernachlässigt werden, und diejenigen, welche darüber sprechen, sollten endlich einsehen, daß das Studium von Blackstone's Werk nicht hinreichend ist. Die Fortbildung der französischen Einrichtungen in den Gesetzgebungen Italiens, der Niederlande und der Schweiz sollte gleichfalls von Niemanden, der mit der Gesetzgebung über Strafprozeß sich beschäftigen will, vernachlässigt werden, weil eben in den bezeichneten Ländern das öffentliche Verfahren ohne Geschwornengerichte eingeführt ist und in jenen Ländern bei der Bearbeitung der Gesetze das Streben leitete, dem Strafprozesse durch die

Beibehaltung mancher bisherigen Einrichtungen des schriftlichen Verfahrens eine bessere Grundlage zu geben, welche die gründliche Urtheilsfällung der Richter sichern sollte.

V. Wenn schon in Bezug auf die Entwürfe von Strafgesetzbüchern die Erfahrung in Deutschland die Schwierigkeiten der Berathung großer Gesetzbücher in gemischten gesetzgebenden Versammlungen gelehrt hat, so bemerkt man leicht, daß die Berathung der Entwürfe von Strafprozeßgesetzbüchern in solchen Versammlungen noch weit bedenklicher ist. Während in Ansehung der Gesetze über Verbrechen und Strafen wenigstens auch der nicht juristisch Gebildete die Begriffe aus dem Leben kennt und über das Maaß der Strafe gewisse im Volksbewußtseyn liegende leitende Vorstellungen hat, so ist die Sache bei dem Strafprozesse eine andere. Nur der praktische Jurist kann die Bedürfnisse, die Lagen, in denen der Richter und Vertheidiger kommen kann, die Vorsichtsmaaßregeln und die Klugheitslehren kennen; bei der Abstimmung über einen neuen Vorschlag bedarf es eben so der Kenntniß der Mängel des bestehenden, der Ursachen derselben und aller Verhältnisse, auf welche die neu vorgeschlagene Einrichtung passen soll; jede Folge, welche sie in der Anwendung haben kann, müßte vorhergesehen seyn. Der ganze Zusammenhang aller prozessualischen Handlungen muß demjenigen vorschweben, der über den Werth neuer Einrichtungen im Strafprozeß abstimmen soll. Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß der Besitz dieser Eigenschaften der Mehrzahl der in den Kammern Abstimmenden nicht zugetraut werden kann. Die Folge einer Abstimmung aber, die nicht mit jener Sachkenntniß eintritt, wird zu leicht die Annahme von Vorschriften seyn, die den Bedürfnissen nicht entsprechen und in keinem Zusammenhange stehen, *so daß die* Kammer oft ein Princip annimmt *und die Folgerung* daraus verwirft, oder eine

Einrichtung anzunehmen sich weigert, welche durchaus nothwendig ist, wenn eine andere durch die Mehrheit [1]) schon aufgenommene Einrichtung wirksam seyn soll, z. B. die Staatsanwaltschaft in ihrem Verhältniß zum Anklageprozeß.

VI. Am meisten hat man den Mangel einer richtigen Auffassung der geänderten Verhältnisse zu beklagen, welche durch den Geist der neuen Strafgesetzbücher bewirkt worden sind, und fordern, daß das damit im Zusammenhange stehende Strafverfahren gleichfalls geändert werde. Während noch vor einigen Jahrzehenden die Strafgesetzbücher vorzugsweise auf Abschreckung gebaut waren und viele absolut bestimmte Strafen oder doch solche drohten, bei denen der Richter nur innerhalb enger Gränzen des Minimum und Maximum sich bewegen konnte, erkennen unsere neuen Strafgesetzbücher die Pflicht des Gesetzgebers an, die Strafdrohungen so zu erlassen, daß die erkannte Strafe möglichst der Größe der Verschuldung des Verbrechers anpasse und daher der Richter ein gehörig weites Ermessen erhalte. Wenn nach der frühern Strafgesetzgebung die Anwendung der Strafe leichter war, weil sie die Größe der Strafe nach den mehr objectiv vorliegenden Umständen berechnete, die die Nothwendigkeit der Abschreckung bestimmten und bei absolut bestimmten oder eng begränzten Strafdrohungen eine sorgfältige Abwägung der Individualität des Verbrechers weniger nöthig hatten, ergehen jetzt ganz andere Forderungen an den Richter. Das Princip der Gerechtigkeit wirkt auch auf den Strafprozeß [2]). Das große Ermessen, welches durch die Drohung weit be-

1) Wie sehr zufällige Umstände dies Zustandekommen einer Majorität in Kammern herbeiführen, habe ich geschildert in einer Schrift: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Heidelberg 1841. 1. S. 209.

2) Abegg Beiträge zur Strafprozeßgesetzgebung S. 15.

gränzter Strafen dem Richter gegeben ist, macht die Auffindung der entsprechenden Strafe weit schwieriger, und verlangt [3]), daß dem urtheilenden Richter ganz andere Materialien gegeben werden, als er früher derselben bedurfte. Königliche Worte enthält in dieser Beziehung das sardinische Gesetz [4]): über einige Punkte des Criminalverfahrens. Nachdem 1839 das Strafgesetzbuch in Sardinien eingeführt war, erkannte man bald, daß das darin vorkommende, dem Richter eingeräumte weite Ermessen auch eine Abänderung im Strafverfahren fordere. An einem Gesetzbuche über dasselbe wird zwar schon seit 1838 gearbeitet, allein die Abänderung erschien so dringend, daß der Regent provisorisch bis zum Erscheinen der neuen Criminalordnung eine Art öffentliches mündliches Verfahren, von dem wir sogleich in §. II. sprechen werden, einzuführen für nöthig fand, und zwar, weil, wie der Gesetzgeber erklärte, einige Vorschriften erlassen werden mußten, die geeignet erschienen, die Wahrheit zu entdecken, der Vertheidigung der Angeklagten ein weiteres Feld zu eröffnen und die Gewissen der Richter zu beruhigen, indem ihnen vollständigere Materialien für ihre Urtheilsfällung verschafft werden. Wer verkennt, daß jene Worte des sardinischen Gesetzgebers auch von jedem deutschen Regenten ausgesprochen werden sollten? Wenn der würtembergische Richter zwischen 6 und 20 Jahren Zuchthaus (Würtemb. Strafgesetzbuch Art. 260. 266.) oder 5 bis 15 Jahren (Art. 147. 148. 178. 182. 424.), zwischen Arbeitshaus von 6 Monaten bis 2 Jahren (Art. 91. 142. 147. 206.

3) Zentner in v. Jagemann's und Röllner's Zeitschrift Bd. I. S. 449.

4) Vom 11. Januar 1840.

260.) zu wählen hat; wenn der sächsische Richter in die Lage gesetzt wird zu entscheiden, ob er 2 oder 20 Jahre Zuchthaus (Sächs. Strafgesetzb. Art. 89.), ob er 4 oder 15 Jahre Zuchthaus (126.), ob er 5 oder 20 Jahre Gefängniß (206.) erkennen will; wenn der hannoversche Richter zwischen Geldbuße, Gefängniß, Arbeits- oder Zuchthaus bis 8 Jahre (193.) zu wählen hat, und oft selbst aufgefordert ist, zwischen Todesstrafe und Freiheitsstrafe zu wählen: so muß man doch zugeben, daß diese Richter vollständigere Materialien bedürfen, als sie das geheime schriftliche Verfahren zu geben im Stande ist; sie sollen die Strafe nach der Individualität des Thäters ausmessen, sie sollen prüfen, ob er größere oder geringere Veranlassungen hatte, ob stärkere oder leichtere Hindernisse überwunden wurden, ob seine Leidenschaften und Begierden bösartiger sind, ob er in rascher Gemüthsbewegung oder mit Ueberlegung handelte. Wir fragen alle, welche bereits das Richteramt ausgeübt haben, ob die Akten hinreichende Aufschlüsse geben, um diese Fragen zu beantworten, ob es nicht nothwendig ist, den Angeklagten selbst zu sehen, und aus der Art seiner Individualität Schlüsse abzuleiten, um entscheiden zu können, ob dem Angeschuldigten nach seiner ganzen Erscheinung ein lange überlegter Plan zuzutrauen ist, ob für ihn mit seiner Körperkraft, seiner geistigen Ueberlegenheit ein Umstand ein wahres Hinderniß seyn konnte. Wir fragen, ob es nicht nothwendig ist, daß der Richter selbst den Angeschuldigten sehe und durch Fragen über die kleinsten Nebenumstände in den Stand gesetzt werde, über die Größe und den Umfang der Beweggründe zur That nach der Individualität des Thäters zu entscheiden. Täusche man sich nicht, daß der Richter durch die Akten des deutschen Prozesses die nöthigen Materialien erhalte. — Selbst die veränderte Lage des Richters, der nur auf den

Grund von Indicienbeweis entscheiden muß, fordert dringend auf, ein anderes Strafverfahren einzuführen. Eine furchtbare Gewalt ist durch die Befugniß des Richters, auf Indicien zu verurtheilen, in seine Hände gelegt. Wir werden in dem Verfolge unserer Erörterung zeigen, daß nur dadurch, daß der urtheilende Richter den Angeklagten und die Zeugen vor sich sieht und sie befragen kann, eine Garantie gegeben wird, welche die Verurtheilung auf Indicien gestattet.

§. II. Uebersicht der neueren Gesetzgebungsarbeiten in Bezug auf Strafprozeß.

Vergleicht man die legislativen Arbeiten der deutschen Staaten in Bezug auf den Strafprozeß, so ist verhältnißmäßig weit weniger geleistet worden, als für die Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. Der Blick desjenigen, der mit solchen Arbeiten sich beschäftigt, muß auch über die Gränzen Deutschlands sich ausdehnen und die Fortschritte jener Länder prüfen, in welchen die Gesetzgeber auf die Grundlagen der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und des Anklageprincips das Verfahren bauten. Alle legislativen Versuche der letzten Jahre in Bezug auf Strafprozeß lassen sich in nachstehende Klassen bringen.

I. Einige behalten die Grundlagen des bisherigen geheimen deutschen Verfahrens bei und bezwecken durch einige Vorschriften Mißbräuche zu entfernen, Streitfragen abzuschneiden und manche Garantieen für eine gründliche Urtheilsfällung zu gewähren. Dahin gehören die mecklenburgischen Gesetze [5]), das königl. sächsische Gesetz, das hannoversche und das altenburgische Gesetz. Bei den

5) Vom 12 Januar 1838 über Competenz des Criminalcollegiums, vom 13. Januar 1838 über Niedergerichte, und vom 15. Januar über Spruchreife der Criminaluntersuchungen, vom 12. Januar 1841 über den Beweis.

ersten ist vorzüglich das Gesetz über den Beweis im Strafprozesse wichtig, worin viele Streitfragen über Beweis abgeschnitten, die Bedingungen der Verurtheilung auf Indicien festgestellt und der Reinigungseid aufgehoben wurde. Das königl. sächsische Gesetz [6]) beschränkt sich auf Bestimmungen über Gerichtsstand, über die Verhöre, über das artikulirte Verhör, über Vertheidigung, über Nichtigkeiten, und vorzüglich über die Befugniß der Richter, auf den Grund von Indicien zu verurtheilen. In Hannover war der Entwurf einer vollständigen Criminalordnung vorgelegt [7]). Die Regierung aber, nachdem sie das Strafgesetzbuch publicirt hatte, beschränkte sich nur auf die dringendsten Reformen des Strafprozesses und erließ ein Gesetz vom 8. Septbr. 1840 über das gerichtliche Verfahren (aus 51 §§.), ein Gesetz über den Staatsanwalt vom 16. Febr. 1840, und über das Verfahren in Polizeistrafsachen vom 19. Novbr. 1840. Das zuerst erwähnte Gesetz behält das bisherige Verfahren bei, und giebt nur Vorschriften über Gerichtsstände, über Ungehorsamsstrafen, Zeugenvernehmungen, über einige Punkte des Beweises, und über die Rechtsmittel. Bei dem Gesetze über den Staatsanwalt darf man nicht etwa hoffen, daß hier ein dem französischen Staatsanwalt ähnlicher Beamte eingeführt werden sollte; dieser hannoversche Staatsanwalt ist nur aufgestellt, um das sogenannte öffentliche Interesse in Criminalsachen zu vertreten, wenn ein Criminalgericht aus unrichtigen Gründen von einem criminellen Verfahren abzustehen beschlossen, oder wenn eine zu gelinde Strafe

6) Gesetz vom 30. März 1838. Einige dieser Vorschriften wurden auch in Weimar, wo das königl. sächs. Gesetzbuch eingeführt wurde, durch Gesetz vom 7. April 1839 und durch Gesetz vom 10. April 1839 in Bezug auf Gerichtsstände und Rechtsmittel aufgenommen.

7) S. darüber N. Archiv des Criminalrechts Bd. X. Nr. I. und Neue Folge 1837. S. 20.

erkannt, oder Jemand ohne genügende Gründe freigesprochen oder von der Instanz entbunden ist; in welchen Fällen der Staatsanwalt Revision erhebt. Das altenburgische Gesetz [8]) wurde durch die Einführung des königl. sächsischen Gesetzbuchs in Altenburg veranlaßt und enthält nicht blos die im königl. sächs. Gesetze von 1838 oben erwähnten Vorschriften, sondern auch Bestimmungen über Besetzung des Gerichts, über die Verhöre, über die Vertheidigung, über Erweiterung der Verurtheilung auf Indicien, über Ungehorsams- und Lügenstrafen.

II. Andere Gesetzgebungen bauen dagegen die Strafprozeßordnung auf die Grundlagen der Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und des Anklageprincips, in sofern daher auf den französischen Prozeß, jedoch mit den Hauptunterschieden, daß keine Geschwornen eingeführt sind und daß man durch die Voruntersuchung mehr eine vollständigere schriftliche Grundlage herbeizuführen strebte, als sie der französische Prozeß gewährt. In dieser Beziehung verdienen die Strafprozeßordnungen von Italien besondere Aufmerksamkeit, und unter ihnen vorzüglich der von dem geistvollen und umfassend gebildeten Romagnosi für das damalige Königreich Italien 1806 bearbeitete Entwurf [9]). Dieser (aus 799 §§. bestehende) Entwurf schwebt, wie man leicht bemerkt, den später in einzelnen Staaten Italiens ergangenen Strafprozeßordnungen vielfach vor. Er ist weit ausführlicher als der französische Code d'instruction, und bezweckt insbesondere, theils die Vortheile des Inquisitionsprozesses unter gewissen Beschränkungen beizubehalten, theils durch genaue Vorschriften (wie sie der französische Prozeß nicht kennt) über die einzelnen Pro-

8) Vom 5. Mai 1841. Es besteht aus 46 §§.

9) Er ist als VI. Band in der Collezione dei travegli sul *Codice penale pel regno d'Italia*, Brescia 1807, gedruckt.

zeßhandlungen der Voruntersuchung eine gehörige Grundlage zu geben. In der ersten Beziehung wird dem Friedensrichter (art. 70.) zur Pflicht gemacht, überall wo ihm die Spur eines begangenen Verbrechens bekannt wird, von Amts wegen einzuschreiten, Thatbestand zu erheben und den Thäter auszumitteln. In Fällen des délit flagrant (art. 75.) wird eben so amtliche Thätigkeit dem Beamten zur Pflicht gemacht. Alle Anzeigen und Berichte in correctionellen und Criminalsachen gelangen an die Gerichtsschreiberei, die sogleich dem Präsidenten des Gerichts und dem Staatsanwalt Nachricht zu geben hat (116.). Es wird nicht wie in Frankreich ein besonderer Untersuchungsrichter aufgestellt, sondern der Präsident überträgt einem der Richter die Untersuchung in jedem einzelnen Falle. Bei dem Zusammenwirken des Untersuchungsrichters und des Staatsanwalts in der Voruntersuchung ist richtiger als in Frankreich der Erste als Hauptperson und der Zweite rein als öffentlicher Ankläger aufgefaßt. Die Vorschriften über die Vornahme der einzelnen Handlungen, z. B. Augenschein, über Verhöre, sind mit Umsicht und so gegeben, daß überall der Schutz des Angeschuldigten gegen Willkür des Beamten eben so wie das öffentliche Interesse an der Entdeckung der Wahrheit berücksichtigt ist. Bei jeder Gelegenheit wird zur Pflicht gemacht, mit gleicher Sorgfalt die Untersuchung auf Alles, was für den Entschuldigungsbeweis wichtig werden kann, wie auf die Ausmittelung der Schuld auszudehnen (74. 205.). Alle Vorschriften (z. B. 211 — 222. über Recognition der Personen) bewähren den tüchtigen Praktiker. Die Entscheidung über die Versetzung in den Anklagestand, die öffentliche Verhandlung vor den urtheilenden Richtern sind zwar im Wesentlichen wie in Frankreich angeordnet; allein die Vorschriften sind weit vollständiger, klarer und mehr auf die höchste Gründlichkeit der Verhandlungen berechnet. Bei der Abstim-

; werden die Thatfragen (mit Unterscheidung der ver-
enen Fragen) von den Rechtsfragen getrennt. Die
llation an das Obergericht ist nur gestattet, wenn To-
afe erkannt wurde (art. 509.). Aehnlich dem eben
lderten Entwurfe ist die Strafprozeßordnung für das
reich beider Sicilien[10]). Die Thätigkeit des Staats-
lts ist darin nicht so ausgedehnt, wie in Frankreich
lle Verbrechen und Vergehen, sondern nur auf ge-
(art. 39.) die öffentliche Ordnung besonders verletzende
:ränkt; für die Herstellung des Thatbestandes sind
umständliche Vorschriften (art. 54—74.) gegeben;
ie Unterscheidung von delictum facti permanentis
transeuntis ist dabei viel gebaut. Eigenthümlich ist,
das Gesetz in der Voruntersuchung drei Abstufungen
ellt: 1) die ersten Instructionshandlungen (um die
nlassungsgründe aufzunehmen), 2) die auf das Ver-
en überhaupt sich beziehende Untersuchung (Herstellung
Thatbestandes (constazione oder prouva in genere
mt), und 3) die prouva specifica (Ausmittelung
Thäters und des ganzen Verbrechens). In der Vor-
suchung ist mehr als in Frankreich die Thätigkeit des
:suchungsbeamten unter die Controle des Tribunals
lt, jedoch so, daß zwar die Handlungen, welche der
nte als dringend nothwendig erkennt, sogleich von
angeordnet werden können, z. B. Festnehmung des
schuldigten (art. 101. 102.), die Bestätigung des Ar-
aber binnen 24 Stunden vom Tribunal erfolgen
(140.). Das öffentliche mündliche Hauptverfahren
gegen den Angeschuldigten wie in Frankreich ein; die
chriften sind aber vollständiger gegeben. Die Richter
n abgesondert über die That- und Rechtsfragen ab-

Vom 21. Mai 1819.

zustimmen; über die Ersten nach criterio morale [11]); der Ausspruch muß motivirt werden. Das Gesetzbuch ist von zwei vorzüglichen Juristen in Neapel, Canofari [12]) und Riccolini [13]) mit ausführlichen Commentarien versehen worden. — Auf der Grundlage der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Hauptverfahrens beruht auch die Strafprozeßordnung von Parma [14]). Man bemerkt, daß darin mehr der französische Code als Muster genommen ist, daher auch das Verhältniß des Staatsanwalts und Untersuchungsrichters, wie in Frankreich, bestimmt wird. Die Vorschriften über einzelne Prozeßhandlungen sind jedoch ausführlicher. Wir werden im Verlaufe unserer Abhandlung darauf zurückkommen. — Ein vollständiges, auf die Grundlagen von Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklage gebautes Gesetzbuch ist das für das Waatland [15]). Dasselbe nähert sich in der Voruntersuchung mehr dem deutschen Verfahren, in sofern, als der Richter von Amts wegen, wenn er Kenntniß von einem verübten Verbrechen erhält, eine Instruction (enquête) beginnen soll (art. 37.). Wird die Einleitung einer Untersuchung auf eine gestellte Klage oder Anzeige von dem Richter abgeschlagen, so kann sich der Betheiligte immer an den höhern Richter wenden (art. 71.). Auf Herstellung des Thatbestandes wird vorzüglich gedrungen (76.); sorgfältig sind die verschiedenen Arten der mandats gegen Angeschuldigte getrennt (111 — 129.). Die Befreiung

11) Ueber die Bedeutung dieser Worte s. trefflich Niccolini quistioni di diritto Vol. V. p. 284.

12) Canofari (er war Staatsrath und einer der Hauptarbeiter an dem Gesetzbuch) Comentar. sulla legge di procedura. Napoli 1830. IV Vol.

13) Niccolini procedura penale. Napoli 1828. V Vol.

14) Vom 13. Decbr. 1820.

15) Vom 28. Januar 1836.

n der Haft gegen Caution kann der Richter überall ge-
tten, wo er mit Erwägung der Beſchaffenheit des Ver-
chens erkennt, daß aus der Freilaſſung kein Nachtheil
: den Prozeß ſich ergiebt, daß die Caution hinreichende
cherheit ſo gewährt, daß Flucht nicht angenommen wer-
n kann. Am Schluſſe der Voruntersuchung muß über
rſetzung in den Anklageſtand erkannt werden. Die
ündliche Verhandlung wird von einem directeur des
bats geleitet; die peremtoriſchen, alſo ohne Angabe von
ünden ausgeübten Recuſationen des Angeſchuldigten
gen die Mitglieder des Gerichts ſind ſehr begünſtigt
49.); zur Entſcheidung, daß der Angeklagte der Urheber
s Verbrechens iſt, gehören 9 Stimmen. Die Erfah-
ng giebt dem Geſetzbuche ein ſehr günſtiges Zeugniß, und
ar weil die Dauer der Unterſuchungen bedeutend ſich
rmindert hat [16]) und weil durch die mündliche Verhand-
ng die Ueberzeugung der Richter von der Schuld weit
ſſer begründet und daher die Verurtheilung eher möglich
rde [17]). Wie wohlthätig ſich die Einrichtung zeigt,
ß nach geſchloſſener Voruntersuchung über die Zuläſ-
keit des Hauptverfahrens entſchieden werden muß, er-
bt ſich daraus, daß im Jahr 1838 von 459 dem An-
geklagetribunal vorgelegten Unterſuchungen in 225 Fällen
tſchieden wurde, daß keine Hauptunterſuchung zuläſſig
y. Im Jahr 1839 wurden 444 Voruntersuchungen
m Anklagetribunal vorgelegt, welches in 241 Fäl-

---

16) Nach dem Compte rendu du Conseil d'état über 1838. p. 12 — 21. dauerte nach der alten Prozedur die Criminalunterſuchung 4 bis 5 Monate, ſeit der neuen nie über 62 Tage.

17) Im Jahr 1838 wurden von 253 vor das Gericht geſtellten Angeklagten 208 verurtheilt, 45 losgeſprochen. Nach dem Compte rendu von 1839 pag. 12. wurden von 210 vor den *Criminal- und correctionellen* Gerichten Angeklagten 181 ver-*urtheilt und 29 losgeſprochen.*

len erkannte, daß die Hauptuntersuchung nicht zulässig sey [18]).

Eine der bedeutendsten Strafprozeßordnungen ist die königl. niederländische [19]). Die über den Entwurf sehr ausführlichen Verhandlungen der Generalstaaten [20]) verdienen um so mehr allgemeine Beachtung, als viele Mitglieder Gelegenheit hatten, eben so die französische als die deutsche Prozedur und das bisher in Holland geltende Mittelding zu beobachten und in den Verhandlungen treffliche Bemerkungen über einzelne Fragen und Erfahrungen des Strafprozesses vorkommen [21]). Die Grundideen des neuen Gesetzbuchs sind diejenigen, welche dem französischen Gesetzbuche zum Grunde liegen; allein eine wesentliche Verschiedenheit zeigt sich in Bezug auf das Hauptverfahren, daß rechtsgelehrte angestellte Richter, und zwar nach einer Art gesetzlicher Beweistheorie, auch über Verbrechen urtheilen. Vorzüglich sucht der niederländische Gesetzgeber mehr als der französische für die Gründlichkeit der Voruntersuchungen zu sorgen. Die Führung derselben ist einem dem französischen juge d'instruction gleichstehenden Richtercommissär anvertraut (56.). Das niederländische Gesetzbuch geht von einer Unterscheidung der vorläufigen Prüfung (was man information nennt) und der Voruntersuchung mit einer

---

18) In 87 Fällen, wo man erkannte, daß die Verbrechen verübt seyen, blieben die Thäter unbekannt.

19) Von 1837. Wetboek van Strafvordering.

20) Voorduin Geschiedeniss en beginselen der nederlandsche Wetboeken. Utrecht 1839. II Vol.

21) Einer besondern Empfehlung würdig ist der zu dem Gesetzbuche erschienene Commentar: von de Bosch-Kemper Wetboek van Strafvorderingen. Amsterdam, Vol. I—III. 1840. Der Verfasser kennt sehr gut alle wissenschaftlichen Arbeiten von Frankreich und Deutschland und vergleicht überall die Ergebnisse derselben mit den Vorschriften des neuen Gesetzbuchs.

bestimmten Richtung aus [22]). Der öffentliche Ankläger kann die erste vornehmen wie er will, ohne einer Ermächtigung des Gerichts zu bedürfen; soll aber die Untersuchung gegen einen Angeschuldigten beginnen, soll ein solcher zur Verantwortung gezogen werden, so bedarf es nach art. 83. eines Beschlusses des Gerichts, und dieser kann nur ergehen, wenn ein genugsamer Verdacht vorliegt, und die Wahrscheinlichkeit eines verübten Verbrechens begründet ist. Zwar kann der Untersuchungsrichter, wenn ein solcher Verdacht eines verübten, mit entehrender oder Leibesstrafe bedrohten Verbrechens gegen eine Person vorliegt, auch vorläufige Gefangennehmung der Person verfügen (art. 77—88.); allein wenn binnen 3 Tagen dieser Beschluß nicht von dem Bezirksgericht bestätigt ist, muß der Angeschuldigte in Freiheit gesetzt werden. Ueberhaupt ist es nach dem Gesetzbuche Grundsatz, daß bedeutende Untersuchungshandlungen nicht ohne Genehmigung des Gerichts vorgenommen werden, z. B. Haussuchung, so jedoch in dringenden Fällen Ausnahmen zulässig sind (art. 106.). Auch bedarf es zur Beschlagnahme der Papiere einer besondern Ermächtigung des Gerichts (art. 107.) [23]). Ueberall findet man genaue (im französischen Code nicht vorkommende) Anweisungen über die Verhöre, über die Prüfung, ob Versetzung in Anklagestand zulässig ist. Die Hauptverhandlung wird eben so wie in Frankreich geführt.

In die Klasse dieser Gesetzgebungsarbeiten gehören auch zwei Entwürfe, nämlich der in Baiern den Kammern 1831 vorgelegte, und der von der Gesetzgebungskommission in Baden 1835 bearbeitete Entwurf einer

22) Gute Erörterungen in de Bosch-Kemper Wetboeck, deel II. pag. 8 *sqq.*

23) *Gut darüber* Bosch-Kemper Vol. II. p. 184. und von *p. 192 über das Recht*, Briefe zu erbrechen.

Strafprozeßordnung. Der erste, bearbeitet von Herrn v. Grandauer, ist auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Hauptuntersuchung gebaut; in der Voruntersuchung ist zwar nach diesem Entwurfe auch der Staatsanwalt thätig; allein seine Befugniß ist weit eingeschränkter als in Frankreich, da er nach art. 25. u. 26. zwar Nachfragen und Vernehmungen, die zur Bestimmung seines weitern Verfahrens gehören, vornehmen kann, aber nicht befugt ist, Handlungen vorzunehmen, die als Untersuchungsakte vorkommen, z. B. Vernehmungen. Die Versetzung in den Anklagestand muß durch das Obergericht ausgesprochen seyn, wenn die öffentliche mündliche Hauptuntersuchung gegen den Angeklagten eintreten soll (93.). Die Verhandlung wird auf ähnliche Weise wie in Frankreich geführt; die Urtheilsfällung ist rechtsgelehrten Richtern anvertraut, jedoch so, daß andere 5 Richter über die That- und 4 über die Rechtsfragen zu entscheiden haben. Eine Art von gesetzlicher Beweistheorie (negativer Art) war vorgeschrieben [24]). Wichtiger als jener Entwurf, ist der durch ihn veranlaßte Bericht des damaligen Abgeordneten von Rudhart, der als Berichterstatter des ständischen Ausschusses den Entwurf zu prüfen hatte und in einer meisterhaften Entwickelung die Grundsätze, welche bei einer Strafprozeßordnung entscheiden müssen, erörterte, die Einführung von Geschwornengerichten vorschlug, die einzelnen §§. des Entwurfs prüfte und überall selbst die nach seiner Ansicht einzuschaltenden §§. beifügte.

Der badische Entwurf ist gleichfalls auf die Grundlagen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit im Hauptverfahren gebaut. Das urtheilende Gericht, wenn die Anklage auf Verbrechen geht, soll nie aus rechtsgelehrten

24) S. die näheren Bestimmungen in einem Aufsatze im Archiv des Criminalrechts XIII. S. 123 ff., dort auch über die Unzweckmäßigkeit der vorgeschlagenen Einrichtungen.

Richtern bestehen, die nach einer gesetzlichen Beweistheo-
ie, jedoch nur in der Art zu entscheiden haben, daß das
Gesetz ihnen nur Schranken setzt, so daß sie nicht verur-
theilen dürfen, wenn nicht gewisse Bedingungen vorhan-
en sind, aber es nicht müssen, wenn sie nicht zugleich
on der Schuld überzeugt sind. Um den Angeklagten
rößere Garantieen zu gewähren, wurde vorgeschlagen,
aß eine Verurtheilung nur erfolgen könne, wenn 5 Stim-
en von 7 Richtern sich für die Schuld erklären, und daß
er Angeklagte gegen 2 Richter eine peremtorische Recusa-
on d. h. ohne Angabe von Gründen ausüben dürfte.
Die Voruntersuchung sollte von einem Untersuchungsrichter
ach den Anträgen des überall die Interessen des Staats
ertretenden Staatsanwalts geführt werden. Eine Haupt-
ufgabe war es, durch sehr genaue Vorschriften über die
Vornahme der einzelnen Prozeßhandlungen den Angeschul-
igten vor Willkür der Inquirenten zu schützen. Dieser
Entwurf ist den Kammern von der Regierung noch nicht
vorgelegt.

III. Eine dritte Klasse von Gesetzgebungen bilden die-
nigen, welche in der Voruntersuchung auf das Inqui-
itionsprincip gebaut sind, aber nach dem Schlusse dieser
Untersuchung die Hauptuntersuchung entweder unbedingt
der doch in gewissen Schranken öffentlich und mündlich
uf den Grund einer Anklage verhandeln lassen. Dahin
ehören die toskanische und die königl. sardinische
Strafprozeßordnung. — In Toskana besteht zwar
in vollständiges Strafprozeßgesetzbuch; allein schon Leo-
old I. in seiner denkwürdigen Gesetzgebung von 1785
atte viele alte Mißbräuche abgeschafft; der Inquisitions-
rozeß wurde jedoch von ihm beibehalten; das Verfahren
ar schriftlich, zerfiel in die General- und Specialunter-
uchung, und wurden *im* Wesentlichen wie der deutsche
rozeß geführt. Als später Toskana unter fremde Herr-

schaft kam, wurden dort auch die französischen Gesetze eingeführt; allein das Andenken an den rechtmäßigen Herrscher war den Toskanern ein zu theueres, als daß die Liebe zu den vom Eroberer eingeführten Formen recht wurzeln konnte. Nur eine Ueberzeugung war allgemein bei den toskanischen Juristen, die, daß das mündliche öffentliche Verfahren das vorzüglichere sey. Als Toskana an seine rechtmäßigen Herrscher wieder fiel, wurden die französischen Gesetze aufgehoben; um jedoch den Forderungen der Magistratur Genüge zu leisten, wurde durch das Gesetz vom 8. Juli 1814 [25]) eine Mischung von dem leopoldinischen und dem französischen Prozesse gemacht. Der Inquisitionsprozeß wurde beibehalten; es wurde ein Fiskal in das Verfahren eingeschoben, jedoch so, daß er nicht den Prozeß veranlaßte, sondern nur zusehen sollte, ob der Prozeß regelmäßig instruirt würde. Auf die Specialuntersuchung mußte förmlich erkannt werden. Die Untersuchungsakten wurden dann dem Fiskale und dem Vertheidiger zugestellt. Beide machten nun in der öffentlichen Sitzung vor dem Criminalgericht ihre Anträge; sie konnten sie auch schriftlich vorbringen, was häufig geschah. Der Angeklagte konnte bei dieser Sitzung erscheinen, worin er aber nicht verhört wurde; es wurde eine Relation vorgetragen, und nach ihr sprachen der Ankläger und der Vertheidiger. — Die allgemeine Stimme in Toskana erklärte jenen Mischungsversuch für einen unglücklichen. Im J. 1838 wurde nun durch Gesetz vom 23. August und Instruction vom 9ten November [26]) eine wichtige Verän-

25) S. darüber Carmignani in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung Bd. V. S. 403.

26) Eine Schilderung des jetzigen Verfahrens mit Commentar zum Gesetze von 1838 s. in dem Werke: Il giudizio criminale in Toscana. Secondo la Riformar Leopoldina dell' anno 1838, di Ag. Ademollo. Firenze 1840.

erung eingeführt. Eine neue Gerichtsverfassung trat in as Leben. Es wurden Einzelnrichter (ähnlich den fran=ſiſchen Friedensrichtern) ernannt, ferner wurden Collegial=richte 1ſter Inſtanz, der königliche Gerichtshof und der aſſationshof eingeführt. — Die Staatsbehörde wurde n Weſentlichen auf franzöſiſche Weiſe angeordnet. Zu=leich hielt der Geſetzgeber es für nöthig, auch den Straf=rozeß umzugeſtalten, und zwar wurde das Hauptverfah=n als öffentlich mündliche Verhandlung vor den urthei=nden Richtern im Weſentlichen wie in Frankreich einge=ihrt. In der Vorunterſuchung aber unterſcheidet ſich as toskaniſche Verfahren von dem franzöſiſchen dadurch, aß der Geſetzgeber mehr dem Inquiſitionsprozeſſe treu leiben wollte. Die eigentlichen Unterſuchungsbeamten nd die königlichen Vicarien und die direttori degli atti. Dieſe können eben ſo ex officio, (nach den Geſetzen von 786 und 1795 ſind jedoch mehrere Verbrechen ausge=ommen,) als auf Klage, Anzeige u. ſ. w. einſchreiten. Sie führen den Prozeß wie deutſche Unterſuchungsrichter, laſſen Erſcheinungs=, Vorführungs=, Arreſtbefehle. Der Staatsanwalt iſt nicht wie in Frankreich unmittelbar influßreich auf die Unterſuchung. Er kann nur im Falle es délit flagrant den Verdächtigen feſtnehmen laſſen, doch ſo, daß der letzte ſogleich dem Unterſuchungsrichter ugeliefert werden muß; er kann im Falle des délit lagrant Hausſuchungen verordnen und Zeugen auf der Stelle vernehmen. In die weitere Unterſuchung miſcht er ich aber nicht; nur wenn er Verletzungen des Geſetzes be=nerkt, kann er Anträge ſtellen, und wenn der Unter=uchungsbeamte die Einleitung einer Unterſuchung verwei=gert, muß er dem Staatsanwalt dies anzeigen, der, wenn r dieſe Einleitung für nothwendig hält, an das Bezirks=gericht mit den *nöthigen Anträgen* ſich wendet, und wenn *auch dies Gericht die Verfügung* des Unterſuchungsrichters

bestätigt, Cassation ergreifen kann. Erst wenn der Untersuchungsbeamte die Voruntersuchung für vollständig ansieht, theilt er die Akten dem Staatsanwalt mit (muß jedoch davon dem Angeschuldigten Nachricht geben). Mit den Anträgen der Staatsbehörde gelangen diese Akten an die Berathschlagungskammer des Tribunals, welche entweder die Untersuchung aufhebt oder neue Ergänzungen verordnet, oder ausspricht, daß Grund da sey, den Angeschuldigten der öffentlichen Untersuchung zu unterwerfen. Gehört der Fall zu den Vergehen, so wird nur die öffentliche Verhandlung eingeleitet; gehört er zur Competenz der Criminalgerichte, so müssen vorerst die Akten der Anklagekammer vorgelegt werden, welche darüber entscheidet, ob die Versetzung in den Anklagestand eintreten soll. Wird dies ausgesprochen, so hat die Staatsbehörde die Anklageakte zu entwerfen, und nun beginnen die vorbereitenden Verhandlungen ähnlich wie in Frankreich und hierauf die öffentlichen [27]) mündlichen Hauptverhandlungen vor den urtheilenden Richtern. Ueber die näheren Bestimmungen des Gesetzes soll unten in den nachfolgenden §§. gesprochen werden. — Im Königreiche Sardinien wurden, nachdem das Land wieder an die rechtmäßige Regentenfamilie fiel, die alten Constitutionen des Reichs in das Leben gerufen; die Gerichtsverfassung wurde durch ein Gesetz vom 27. Septbr. 1822 organisirt, und darin wurden zugleich einige neue Vorschriften über Strafprozeß erlassen. Durch die Vermischung des alten und neuen Verfahrens entstand nun

27) In Bezug auf die Zulässigkeit der Oeffentlichkeit verfügt der art. 429. der Instruction, daß die Sitzungen öffentlich seyen, wenn nicht der Präsident wegen Verletzung der sittlichen Schamhaftigkeit das Verfahren bei verschlossenen Thüren anordnet; aber auch in diesen Fällen kann weder den Verwandten der Angeklagten, noch den immatrikulirten Advokaten, noch denjenigen Personen der Zutritt verwehrt werden, in Ansehung derer das bezeichnete Motiv der Ausnahme nicht eintritt.

de Procedur [28]). Die Untersuchung ist inquisitorisch,
ı und schriftlich. Sie wird von einem giudice
tore geführt und entweder ex officio oder auf
oder Anzeige eingeleitet. Die Thätigkeit des Fis-
dem von den Einzelnrichtern (giudici di man-
nto) und den übrigen Beamten alle zu ihrer Kennt-
langenden Nachrichten über verübte Verbrechen mit-
t werden müssen, beschränkt sich auf Aufforderung
ı Untersuchungsrichter, einzuschreiten, auf die Ge-
rt bei den Verhören; die Akten der geschlossenen Un-
ung wurden nur den Fiskalen und dem Vertheidiger
heilt; der Fiskal stellt seine Anträge, und in den
en Verbrechen, die zur Entscheidung der Senate ge-
, trat eine Art öffentlichen Verfahrens ein, in dem
wesenheit des Angeklagten in Gegenwart des Publi-
ein Senator die Relation erstattete und der Fiskal
r Defensor ihre schriftlichen Vorträge laſen. Daß
erfahren ungenügend sey, wurde allgemein erkannt.
m das neue Strafgesetzbuch eingeführt wurde, erließ
nig aus den schon oben in §. I. angeführten Grün-
ı Gesetz, durch welches provisorisch folgende Verbes-
en eingeführt wurden. In den Criminalfällen (in
rigen Fällen bleibt es also bei der bisherigen Proce-
ollen die Criminalgerichte die Befugniß haben, auf
esuch des Angeklagten eine mündliche Verhandlung
dnen. Der Defensor, welchem die Akten mitge-
werden, kann nach (art. 10. des Gesetzes) darauf
en, daß bereits abgehörte Zeugen noch einmal
ich vor dem urtheilenden Gerichte vernommen wer-
Auch der Fiskal kann im Interesse der Anklage die
hmung einiger Zeugen fordern. Das Gericht ent-

A. Ferrero Comentar sui delitti e sulle pene. Torino
8. pag. 315.

scheidet (nach art. 12.) über diese Anträge, und verordnet, welche Zeugen wieder abgehört werden sollen; es kann auch ex officio die Vernehmung einzelner Zeugen verfügen. Der Präsident ordnet dann den Sitzungstag an. Die Vernehmung der Zeugen hat dann (art. 15.) bei verschlossenen Thüren in Gegenwart des Angeklagten, seiner Vertheidiger und des Fiskals Statt. Die Zeugen werden von dem Präsidenten oder den Referenten vernommen; auch der Angeklagte und die Defensoren können dem Präsidenten die Fragen bezeichnen, worüber die Zeugen befragt werden sollen. Der Präsident, die Mitglieder des Gerichts und der Fiskal können, nachdem sie hierzu die Erlaubniß von dem Präsidenten erlangt haben, an den Angeklagten und an die Zeugen Fragen stellen. Die Antworten werden von dem Gerichtsschreiber protokollirt. Die öffentliche Sitzung (art. 16.) findet hierauf Statt. Es wird darin der Vortrag des Referenten erstattet; worauf der Fiskal seine Conclusionen stellt und begründet, und die Vertheidiger vortragen. Nach art. 17. kann in allen Criminalsachen, auch wenn keine neue Zeugenvernehmung Statt findet, der Angeklagte verlangen, in der Audienz, in welcher über seine Sache Vortrag erstattet wird, gegenwärtig zu seyn, und kann dann den Vertheidigungsreden alle Bemerkungen beifügen, welche er für seine Vertheidigung nützlich hält. Nach art. 18. kann auch der Gerichtshof verordnen, daß der Angeklagte in die Sitzung geführt werde. Auch der Fiskal kann darauf antragen. Nach art. 19. kann das Gericht immer, wenn dasselbe für die Entdeckung der Wahrheit dies für nützlich hält, verordnen, daß Zeugen in der Audienz von neuem abgehört werden. Nach art. 21. wird über die Schuld und Unschuld auf den Grund der durch das schriftliche Verfahren hergestellten Be*weise*, verbunden mit den Ergebnissen der mündlichen Ver*nehmungen*, in der Audienz entschieden. Wir werden unten

die von uns in Sardinien selbst gesammelten Erfahrungen über die Weise mittheilen, auf welche das neue, freilich ungenügende, dennoch aber schon wohlthätige Gesetz im Leben sich bewährt.

IV. Eine vierte Klasse von Strafprozeßordnungen bilden endlich diejenigen, in welchen der schriftliche geheime Inquisitionsprozeß beibehalten und nur am Schlusse der Untersuchung eine Art öffentlicher mündlicher Verhandlung, um einigermaßen den Forderungen der Zeit zu genügen, eingeführt ist. — Dahin gehören die Gesetzgebungen der Schweizerkantone Luzern, Zürich, Bern, Thurgau, Glarus [29]), die neue Strafprozeßordnung des Kantons Freiburg und der neue würtembergische Entwurf. Das Freiburger Gesetzbuch [30]) ist im Wesentlichen auf die deutsche Grundlage gebaut; daher von der enquête générale (art. 158.) und der spéciale gehandelt wird. Die ersten auf die Ausmittelung eines Verbrechens bezüglichen Schritte heißen informations, sie liegen dem préfet ob, der entweder von Amts wegen oder auf Aufforderung des Staatsanwalts, oder auf Anzeige oder Klage handelt (28.). Der Staatsanwalt kann nur Anträge stellen. Die Generaluntersuchung wird von dem Gerichtspräsidenten geführt; der Staatsrath ist die Anklagskammer (122.). Wenn auf Versetzung in den Anklagestand erkannt ist, beginnt die Specialuntersuchung; sie wird von einer commission d'instruction geführt (nach art. 129. aus dem Präsidenten und 2 Gerichtsmitgliedern bestehend). Sie wird wie im deutschen Prozesse verhandelt; der Staatsanwalt ist bei den Prozeßhandlungen gegenwärtig. Am Schlusse des Verfahrens tritt das Vertheidigungsverfahren ein

29) S. die Nachweisungen darüber in meinem Strafverfahren, dritte Auflage, 1. Th. S. 89.

30) Vom 27. Mai 1839.

(259.). Die Akten werden zur Einsicht der Gerichtsmitglieder auf der Kanzlei vorgelegt. In der öffentlichen Sitzung trägt der Staatsanwalt seine Anklage vor, und begründet sie. Wenn der Angeklagte die vorgetragenen Thatsachen nicht zugiebt, so muß der Staatsanwalt fordern, daß sogleich in der Sitzung die Herstellung der Thatsachen erfolge (288.). (Was dies bedeutet, ob z. B. jetzt Zeugen in die Sitzung geladen werden, ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich). Der Vertheidiger trägt dann seine Vertheidigung vor, und die Richter ziehen sich zur Berathung zurück. Das Gesetzbuch schreibt sehr weitläufige Beweisregeln vor, an welche die Richter gebunden sind. Der würtembergische Entwurf hat bereits sehr verschiedene Schicksale gehabt. Schon im Jahr 1830 wurde den Kammern ein Entwurf vorgelegt [31]), aber nicht von den Landständen berathen. Im Jahr 1834 wurde er noch einmal von einer Ministerialcommission geprüft und nach einigen Abänderungen, am 5. Decbr. 1839 noch einmal, dem ständischen Ausschusse mitgetheilt, nachdem in der Zwischenzeit die 2te Kammer bei Gelegenheit der Berathung des Strafgesetzbuchs 1838 den Beschluß gefaßt hatte, die Staatsregierung zu bitten, eine auf den Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaute Strafprozeßordnung vorlegen zu lassen. In dem Schreiben des Vorstandes des Justizministeriums wird ausgesprochen, daß die Staatsregierung Bedenken trage, von der Grundlage des schriftlichen Verfahrens abzuweichen, indem die mehr scheinbaren als wirklichen Vortheile des mündlichen Verfahrens von den Nachtheilen der mündlichen Procedur [32])

31) Ueber die Bearbeitung und die der Vorlage des Entwurfs von 1839 vorangegangenen Berathungen und Arbeiten s. den Bericht.

32) Die angegebenen Gründe, eben so wie die von den würtembergischen Gerichtshöfen vorgebrachten Gründe sollen in dem §. V. näher geprüft werden.

weit überwogen würden. Die Regierung glaubte im Sinne dieses Verfahrens, jedoch mit Beibehaltung der bisherigen Prozeßform, Folgendes vorschlagen zu können. Nach art. 135 — 140. sollte in den geringeren Straffällen der Untersuchungsrichter eine klare schriftliche Darstellung aller in den Akten liegenden, für die Anschuldigung wie für die Vertheidigung erheblichen Umstände liefern, sie dem Vertheidiger mittheilen und nun im Schlußtermine dem Angeschuldigten vorhalten, worauf dieser oder sein Vertheidiger berechtigt sind, die zur Vertheidigung dienenden Umstände anzugeben, oder auf Ergänzung anzutragen. In den höheren Straffällen sollte von dem urtheilenden Gerichte ein Schlußverfahren eintreten (art. 329 — 342.). Die geschlossenen Akten sollen hiezu dem Staatsanwalte übergeben werden, der seinen schriftlichen Antrag zu stellen hat. Wenn der Staatsanwalt selbst auf Freisprechung anträgt und das Gericht beitritt, so bedarf es keiner Schlußverhandlung, sonst aber begründet der Staatsanwalt seinen Antrag in Form einer Anklagsakte. Diese wird mit den Akten dem Vertheidiger übergeben, welcher die schriftliche Vertheidigung zu übergeben hat. Im Schlußtermine geht die Verhandlung von dem erkennenden Gerichte in Gegenwart des Staaatsanwalts, des Angeschuldigten und Vertheidigers vor sich und beginnt mit einem kurzen Vortrag des Gerichtsvorstandes über Veranlassung der Untersuchung; der Angeklagte wird aufgefordert, seine persönlichen Verhältnisse anzugeben; der Staatsanwalt trägt die Anklagsakte, der Vertheidiger die Schutzschrift vor, und der Angeklagte kann zu seiner Vertheidigung noch das Nöthige vorbringen. Bei dieser Verhandlung soll ehrbaren Männern der Zutritt gestattet werden, ausgenommen wenn noch nicht ausgemittelte oder abwesende Mitschuldige da *sind*, wenn die Untersuchung Verbrechen der Unzucht betrifft, oder Gefährdung des Staats-

oder der öffentlichen Sicherheit zu besorgen ist. In der ständischen Commission wurde nun der Entwurf sorgfältig geprüft. Die Commission [33]) erklärte sich gegen die Geschwornengerichte, gestand zu, daß die entschiedenen Vorzüge des Anklageprozesses nicht zu verkennen wären, daß aber durch die in dem Entwurfe und von der Commission vorgeschlagenen Institutionen das Gericht der gegen den Inquisitionsprozeß angegebenen Bedenken gemindert würde, daß durch Einführung des Anklageprozesses in der ganzen Ausdehnung eine große Vermehrung der Kosten eintrete, und daß durch die Erweiterung des Schlußverfahrens, wie sie die Commission vorschlägt, in Verbindung mit dem Institute des Staatsanwalts sich die Vortheile der Oeffentlichkeit erreichen ließen [34]). In Bezug auf das Detail der Vorschläge bemerkt man leicht, daß unter den Commissionsmitgliedern eine große Verschiedenheit der Ansichten herrschte; darüber, daß die Voruntersuchung nicht öffentlich seyn dürfe, waren Alle einig; sobald die förmliche Versetzung in den Anklagestand erfolgt ist, sollte Oeffentlichkeit eintreten; allein der Einführung eines öffentlichen mündlichen Verfahrens, wie es in Frankreich besteht, stellen sich nach der Meinung der Commission (Bericht S. 76.) erhebliche Bedenken entgegen; eine Masse von Anträgen durchkreuzte sich; man glaubte insbesondere, daß bei den geringeren Straffällen das Interesse des Staats nicht diese höheren Garantieen forderte; daß auch dem Angeklagten eine zu große Härte zugefügt würde, wenn er wegen geringerer Vergehungen den Augen des Publikums bloßgestellt würde (Bericht S. 80.); daher manche Mitglieder zu dem Antrage kamen, daß es von dem Angeklagten abhängen soll, ob das öffentliche mündliche

33) *Bericht* der Commission S. 60.

34) *Bericht* S. 65 — 72.

ahren eintreten sollte (Bericht S. 87.). Eine neue
vierigkeit machte die Stellung des Staatsanwalts;
Entwurf hatte im art. 367. erklärt, daß es von dem
i Ermessen des Staatsanwalts abhänge, ob er Re-
ergreifen wolle, während der art. 363. aussprach,
der Regierung das Recht zustehe, gegen gesetzwidrig
rechende oder zu gelinde Strafurtheile Recurs zu er-
en, so daß nach dieser Fassung der Staatsanwalt
dem Befehle der Regierung folgen müßte; eine auf
age der Commission ergangene Erklärung des Präsi-
n des Justizministeriums zeigte an, daß die Regie-
den art. 367. zurückziehe (Bericht S. 99.); damit
ausgesprochen, daß der Staatsanwalt nur Organ der
ierung sey; dies bewirkte in der Commission einen
n Widerspruch der Ansichten; die Minorität war nun
g gegen das Institut des Staatsanwalts (Bericht
113.), andere Mitglieder erklärteu sich gegen das Re-
recht. Die Majorität stimmte für die Einführung des
ituts, und so wurden von der Mehrheit folgende An-
e gestellt. Nach art. 131. soll öffentliches Schlußver-
en vor den erkennenden Gerichten eintreten, wenn die
rsuchung ein in dem bezirksgerichtlichen Ressort gehö-
Verbrechen, welches mit dauerndem oder zeitlichem
ust der Ehren- und Dienstrechte bedroht ist oder ein
Competenz der Kreisgerichte mit Zuchthaus oder höhe-
Strafe bedrohtes Verbrechen betrifft, sonst aber tritt
öffentliches Verfahren vor dem Untersuchungsgerichte
ausgenommen wenn der Angeschuldigte öffentliches
ahren verlangt. Nach art. 139a soll in den bezirks-
htlichen Straffällen, in denen auf eine entehrende
afe zu erkennen ist, das Bezirksgerichtscollegium be-
seyn, entweder auf den für zulässig erkannten Antrag
Angeschuldigten oder des Vertheidigers von Amts
n in sofern es zur Ausmittelung der Wahrheit nöthig

zu seyn scheint, Zeugen vorzuladen und in der öffentlichen Sitzung abzuhören. In den zur Competenz gehörigen höheren Straffällen (art. 131.) findet öffentliche Schlußverhandlung Statt. Der Staatsanwalt hat eine Anklagsakte zu arbeiten. Die oben angeführten art. 329. 342. des Regierungsentwurfs sollen nun nach dem Vorschlage der Commission angenommen werden; nach art. 340. soll (jedoch mit einigen Ausnahmen) allen erwachsenen Personen männlichen Geschlechts der Zutritt zur Schlußverhandlung gestattet seyn, und nach art. 340a. kann der Gerichtshof auf Antrag des Angeschuldigten oder des Vertheidigers oder von Amts wegen der Vorladung von Zeugen zur Vernehmung in der Sitzung anordnen. — Es war vorherzusehen, daß bei den Berathungen des Entwurfs in der zweiten Kammer der schon unter den Commissionsmitgliedern vorhandene Widerstreit der Ansichten noch stärker hervortreten würde. Schon bei der Berathung über den Antrag, daß man vorerst über gewisse Principien des Strafprozesses berathen und abstimmen sollte [35]), zeigte es sich, welche verschiedene Vorstellungen man von einem sogenannten Princip hatte. Als man über die Frage: ob nicht Geschwornengerichte vorzuziehen, debattirte [36]), führte das bald wieder zur Frage: ob man nicht den Inquisitionsprozeß blos auf die Voruntersuchung beschränken sollte; hier zeigte sich bald wieder, wie verschieden man den Anklageprozeß sich vorstellte. Als später die Debatte über die Oeffentlichkeit begann, zeigten sich die Vorstellungen der Mitglieder verschieden; es kam darauf an, ob die consequente Durchführung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Hauptverfahrens, oder nur ein öffentliches Schlußverfahren, wie es die Mehrheit der Com-

35) In der 6ten Sitzung Protokolle der 2ten Kammer S. 45.

36) Verhandlungen, Sitzung VII. S. 13

mission vorgeschlagen hatte, und dies wieder beschränkt auf höhere Straffälle, oder auch auf die bezirksgerichtlichen ausgedehnt, eingeführt werden soll. Wie wenig klar vielen Mitgliedern der Kammer die wahre Natur eines auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Verfahrens war, zeigt sich am besten aus den Abstimmungen in der 24sten und 25sten Sitzung, wo mit 42 gegen 36 Stimmen das in Antrag gebrachte Institut der Staatsanwaltschaft verworfen, ferner mit 51 gegen 30 Stimmen der Antrag beseitigt wurde, daß durch den Referenten statt der Anklageakte der faktische Theil der Relation in öffentlicher Sitzung vorgetragen werden soll, worauf die Commission einen neuen Antrag stellte, aus den Mitgliedern des Civilsenats oder aus den Bezirksrichtern einen öffentlichen Ankläger zu bestellen, der die Anklageakte zu arbeiten habe. Schwerlich möchte aus einem solchen Mischungsverfahren, das durch keine Erfahrung verbürgt ist und in sich Elemente des Widerspruchs trägt, ein der Erreichung des Zwecks des Strafprozesses günstiges Resultat herauskommen.

§. III. Neue Stimmen der Wissenschaft und der Praxis über die Nothwendigkeit der Umgestaltung des deutschen Strafprozesses.

Die Gegner der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit sind geneigt, diejenigen, welche die Umgestaltung des Strafprozesses auf den Grundlagen der eben bezeichneten Einrichtungen fordern, der Unkenntniß der Praxis zu beschuldigen und als Männer darzustellen, welche entweder nur in der Studirstube nach einem Ideale, das ihnen vorschwebt, das Verfahren construiren wollen, oder in Uebertreibungen sich gefallen, weil sie das wirkliche Leben nicht kennen. Es sey erlaubt, um diese irrige Voraussetzung der Vertheidiger des deutschen Prozesses zu widerlegen, die Stimmen ausgezeichneter *Praktiker zu sammeln*, welche in verschiedenen Ländern

über die Nothwendigkeit der Umgestaltung sich erklären. Wir wollen nicht erwähnen, daß in den Kammern von Baiern, Würtemberg, in Baden, im Königreiche Sachsen, in Holstein und Schleswig die vorzüglichsten Praktiker sich für die Nothwendigkeit aussprachen, den Strafprozeß auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit zu bauen; wir wollen nur bei einigen Aeußerungen von Männern verweilen, die als Richter den Strafprozeß kennen und es für unmöglich halten, daß eine gründliche Verbesserung möglich wird, wenn man auch noch so viele neue Bestimmungen erläßt, aber die Grundlagen des deutschen Strafprozesses beibehält. Nachdem von Schirach (früher Obergerichts-, jetzt Oberappellationsrath) in Holstein die Gebrechen des deutschen Prozesses geschildert hat, erklärt er sich für die Einführung des Staatsanwalts im Zusammenhange mit dem Anklageverfahren, für die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Hauptverfahrens, weil insbesondere der Indicienbeweis, wenn auf den Grund desselben verurtheilt werden soll, verlangt, daß die entscheidenden Richter den Angeklagten und die Zeugen sehen und hören [37]). Der als vorzüglicher Inquirent geschätzte hessische Criminalrichter Röllner [38]) zeigt, daß nur ein auf das System der Anklage, einer wohlgeordneten Gerichtsorganisation, einer praktischen Beweisvorschrift, auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauter Strafprozeß den Mißständen unseres Verfahrens abhelfen könne. Auf seine Schilderung des traurigen Zustandes, zu welchem der deutsche greise und modernisirte Inquisitionsprozeß führt, wie Herr Röllner sagt, werden wir unten zurückkommen. In dem gleichen

37) S. v. Schirach in Falk's neuem staatsbürgerlichen Magazin III. Bd. S. 368. und in den schleswig-holsteinischen Anzeigen 1840. Stück 1 bis 8.

38) In seiner und v. Jagemann's Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. I. S. 239.

Sinne erklärt der sächsische Jurist Braun [39]), daß schon in der Consequenz des königl. sächsischen Gesetzes von 1838, worin das richterliche Ermessen so sehr erweitert und selbst die Befugniß anerkannt worden sey, auf Indicien zu verurtheilen, die Nothwendigkeit der Einführung des öffentlichen mündlichen Verfahrens vor den urtheilenden Richtern begründet sey, weil sonst die richterliche Ueberzeugnng keine genügende Grundlage haben würde. Diese Ansicht ist auch auf das bestimmteste in den Schriften von drei badischen Praktikern, von Zentner [40]), von v. Jagemann [41]) und Brauer [42]), vertheidigt worden. Da die zwei letzten selbst lange Zeit als rühmlich bekannte Inquirenten thätig waren, der Erste früher als Advokat und später als Richter, Gelegenheit hatte, den jetzigen Rechtszustand kennen zu lernen, so sind ihre Stimmen doppelt wichtig; insbesondere hat Brauer die Trüglichkeit des Zeugenbeweises, die Schwierigkeit, treu die Aussagen der Zeugen in dem Protokoll aufzufassen, so schlagend nachgewiesen, daß er nur unter der Aegide der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit von dem Indicienbeweis Heil erwartet. Ein anderer hochgestellter badischer Praktiker hat neuerlich die Einführung der Staatsanwaltschaft im Zusammenhange mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Hauptverfahrens [43]) nothwendig nachgewiesen. Wie

39) (Gerichtsdirector zu Plauen) in v. Watzdorf neuen Jahrbüchern des sächs. Strafrechts Bd. 1. Hft. 1. S. 55 – 79.

40) v. Jagemann, die Oeffentlichkeit des Strafverfahrens. Heidelberg 1835.

41) Zentner Andeutungen über die Einführung einer auf Collegialität gebauten Gerichtsverfassung und einer auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gegründeten Strafgerichtsordnung. München 1839.

42) Brauer in Demme's Annalen der Criminalrechtspflege. Altenburg 1841. Nr. 1.

43) In den *Annalen der badischen* Gerichtshöfe. Herausgegeben *von Bekk u. X. 1841. Nr. 42.*

wohlthätig das Institut schon in der freilich noch beschränkten Stellung, welche die österreichische Gesetzgebung dem Staatsanwalte einräumte, sich bewährt, und wie grundlos die dagegen erhobenen Einwendungen sind, hat ein österreichischer Praktiker dargethan [44]). Im Königreiche Preußen erklärt ein als praktischer Criminalist am besten berufen, ein Zeugniß der Erfahrung abzulegen, Herr Demme [45]), daß Jedermann mit dem schriftlichen Verfahren unzufrieden sey und sich nach dem öffentlichen Verfahren sehne. Er sieht das öffentliche Ministerium als einen Theil dieses Verfahrens und zeigt die Vortheile desselben; wenn freilich Hr. Demme sich schon mit dem Theile des ersehnten Ganzen vorläufig begnügen will, so verdient die Nachweisung des Hrn. Leue [46]) volle Beachtung, daß ein solcher Vorschlag zu einer halben und inconsequenten Maaßregel führen würde. Daß das bisherige schriftliche Verfahren völlig unzureichend ist, daß nur durch eine consequente Durchführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit geholfen werden könne, ist auch neuerlich von anderen Stimmen der Praktiker in Preußen ausgesprochen worden [47]). Vorzüglich aber sind es zwei Stimmen, deren Gewicht in Bezug auf die Vortheile der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit alle Gründe für die Beibehaltung des bisherigen deutschen Verfahrens niederschlägt; es ist die Stimme des frühern Generalprocurators am Cassationshofe, jetzigen Ministers in Neapel, Hrn. Niccolini, und des preußischen Justizministers Mühler. Der Erste

44) Holzgrathian in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit. Wien 1840. S. 261 ff.

45) In Mannkopf Jahrbücher für die Criminalrechtspflege den preuß. Staaten I. Bd. 3. Hft S. 536.

46) In v. Jagemann's und Nöllner's Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Bd. II. S. 94 — 115.

47) Criminalistische Zeitung von Demme 1841. S. 162. 201.

hat in einer denkwürdigen Rede, die er als damaliger Generalprocurator hielt [48]), gezeigt, welche großen Vortheile aus dem auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebauten Hauptverfahren für die Staatsregierung selbst begründet werden, indem nur dadurch die richterliche Ueberzeugung eine genügende Grundlage erhält, eine wahre Garantie für die Gerechtigkeit der Strafurtheile gewährt und das Vertrauen des Volks zu dieser Gerechtigkeit begründet wird. Trefflich sind von ihm, der aus Erfahrung eben so die älteren Prozeßformen als die Wirkungen der neuen Procedur kennt, die Einwendungen, welche man oft gegen das letztere erhebt, widerlegt. — Wir werden auf seine Ausführung im Verfolge unseres Aufsatzes zurückkommen. Noch bedeutungsvoller für Deutschland ist der Antrag des königl. preuß. Justizministers Mühler in seinem Jahresberichte an Se. Maj. den König [49]), und die Vorschläge zur Einführung des mündlichen Verfahrens in Untersuchungssachen mit Anklageprozeß und Errichtung eines öffentlichen Ministeriums. Welchen Nachdruck gewinnt in dem Munde des hochgestellten erfahrnen Mannes die Erklärung, daß auch er von der Ansicht überzeugt sey, daß ein wesentlicher Vorschritt für das Strafverfahren gethan würde, wenn die Untersuchungen in ihren Hauptmomenten vor den das Urtheil sprechenden Richtern geführt werden, und diese Richter den Angeschuldigten und die Zeugen selbst hören und sehen können! Wie richtig aufgefaßt ist die gleichfalls ausgesprochene Ansicht, daß das öffentliche mündliche Verfahren vor den Richtern den Anklageprozeß

48) Sie ist abgedruckt in Niccolini quistioni di diritto, Vol. III. p. 1 sqq.

49) Criminalistische Zeitung für die preußischen Staaten. 1841. Nr. 23. und in v. Kamptz Jahrbüchern für die preuß. Gesetzgebung, Hft. 114. S. 375.

bedingt und dieser als Organ der Staatsgewalt das öffentliche Ministerium nöthig macht!

Es ist zu beklagen, daß die Wissenschaft in Deutschland so wenig an der Frage über die zweckmäßigsten Grundlagen der Strafprozeßgesetzgebung Theil genommen hat. Nur drei Schriften verdienen aus der neuesten Zeit einer Beachtung. In seinem Artikel: Jury, hat Welker [50]) die Nothwendigkeit der völligen Umgestaltung des deutschen Verfahrens nachgewiesen; gern verweilt man bei manchen seiner beredten Schilderungen der Vortheile der Oeffentlichkeit und des Geschwornengerichts; man stimmt ihm bei, wenn er zeigt, wie leicht der deutsche Prozeß in der Hand eines leidenschaftlichen oder leichtsinnigen Inquirenten oder Referenten ein gefährliches Werkzeug der Unterdrückung werden kann, und in manchen Fällen geworden ist; man kann aber, wenn man den wirklichen Rechtszustand Deutschlands kennt, nicht zustimmen, daß die deutschen Richter in ihrer Mehrzahl solche Eigenschaften haben, welche in ihren Händen das Loos der Unschuldigen in dem Grade gefährden, wie man oft es schildert. Selbst der vielbesprochene Fall des Tischlers Wendt in Rostock, den der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes als Referent in dem hiesigen Spruchcollegium sehr genau kennt, sollte nicht als ein Beweis der absoluten Unbrauchbarkeit des deutschen Prozesses angeführt werden. Wer darf dafür bürgen, daß Wendt von einem Geschwornengerichte nicht als schuldig verurtheilt worden wäre? Wir möchten diese Bürgschaft nicht übernehmen. In Beziehung auf die Schilderung des deutschen Prozesses kann auch das

50) Abgedruckt im IX. Bande des Staatslexikons und als besondere Schrift: Jury, Geschwornengericht, als Rechtsanstalt und als politisches Institut. Altona 1840.

Buch von Leue [51]) nicht von dem Vorwurfe freigesprochen werden, daß er den deutschen Prozeß, in sofern es auf die Urtheilsfällung ankommt, nicht gerecht würdigt, insbesondere der deutschen Beweistheorie eine Bedeutung unterlegt, die sie in der Anwendung nicht hat, und daß er in Bezug auf Untersuchungsführung die Schattenseiten des deutschen Verfahrens zu gehässig so hervorhebt, daß der Leser versucht werden könnte zu glauben, daß sie regelmäßig hervortreten. Dagegen ist das Buch von Leue, auf dessen Ansichten wir wieder zurückkommen müssen, trefflich in Bezug auf die Nachweisung, wie der deutsche Prozeß allmählig so sehr die schützenden Garantieen verlor, und vorzüglich ist seine Schrift in Ansehung der Entwickelung des wahren Verhältnisses des Anklageprincips, der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit zu empfehlen. Hier ist das mit Consequenz und Geist geschriebene Werk reich an Erörterungen, die kein Jurist unbeachtet lassen sollte. Eine erfreuliche Erscheinung ist die neueste Schrift von Abegg [52]), der mit Würde und Ruhe, auch da wo er widerlegt, anerkennend und nach Wahrheit strebend wissenschaftlich die verschiedenen Formen prüft und von dem juristischen Standpunkte aus die gerechten Forderungen aufstellt. Es kann der guten Sache nur zum Vortheil gereichen, daß auch Abegg auf dem strenge und umsichtig prüfenden Wege zur Ueberzeugung gelangt, daß die vor dem urtheilenden Richter öffentlich und mündlich geführte Verhandlung den Richtern bessere Materialien giebt als die deutsche Procedur, und daß er selbst die Vortheile der Oeffentlichkeit in Bezug auf das Publikum anerkennt, und für das Hauptverfahren die Anklageform verlangt.

51) Der mündliche öffentliche Anklageprozeß und der geheime schriftliche Untersuchungsprozeß in Deutschland, von Leue. Aachen 1840.

52) Beiträge zur Strafprozeßgesetzgeb. von Abegg. Neustadt 1841.

Weniger einverstanden kann man mit dem Verfasser nur in jenen Ausführungen seyn, welche das Untersuchungsprincip und die Führung der Voruntersuchung betrifft. In manchen Beziehungen werden Lichtseiten des deutschen Prozesses mehr als sie es verdienen hervorgehoben.

§. IV. Grundsätze, welche bei der Beurtheilung des Werths gerichtlicher Einrichtungen und Formen entscheiden.

Der Werth eines Instituts oder einer Form muß vor Allem nach dem Zwecke beurtheilt werden, welcher dadurch erreicht werden soll. Darnach ist diejenige Form die beste, welche am meisten geeignet ist, diesen Zweck zu erreichen. Bei allen Formen aber hängt es davon ab, wer sie anzuwenden hat; es entscheiden die besonderen Verhältnisse, unter denen die Anwendung geschehen soll und der Zusammenhang mit gewissen Einrichtungen, durch welche die Wirksamkeit der Formen bedingt ist. In dieser Beziehung ist die Frage auch eine politische, in sofern die Voraussetzungen geprüft werden müssen, auf deren Daseyn jene Wirksamkeit berechnet ist. Es ist weise, wenn der Gesetzgeber jedes Institut, von dessen Einführung oder Gestaltung die Rede ist, vorerst als juristisches nach den Forderungen des Rechts prüft, da aber, wo es nicht schon von vorn herein verworfen werden muß, weil es jenen Forderungen nicht entsprechen kann, muß er auch die besonderen Verhältnisse des Landes würdigen, für welches das Gesetz erlassen werden soll. Auf diese Art kann es geschehen, daß eine an sich als juristisches Institut taugliche Einrichtung dennoch keine Billigung in einem Lande erhält, weil unter den in diesem Lande bestehenden Verhältnissen auf die nothwendigen Voraussetzungen nicht zu rechnen, oder die Gefahr *zu groß ist*, daß unter jenen obwaltenden Verhältnissen *das Institut* nicht zweckmäßig wirken werde. Lassen sich

diese Schwierigkeiten beseitigen und dadurch der Zweck erreichen, so wird der weise Gesetzgeber kein Bedenken tragen, dies zu thun. Nicht zu billigen ist es daher, wenn man oft in neuerer Zeit bei der Frage über Einführung der neuen Formen im Strafprozesse als Grund dagegen die bestehende Gerichtsverfassung anführt, während die Bürger fordern können, daß man eine Gerichtsverfassung nicht länger bestehen lasse, welche die Erreichung des für die bürgerliche Ordnung und Sicherheit so wichtigen Zwecks des Strafprozesses hindert. Wenn man sich auf die Kostenvermehrung beruft, die die neue Verfassung nach sich ziehen würde, so ist es unrecht, wenn man dagegen die entschiedenen unberechenbaren Vortheile unbeachtet läßt, welche für den Staat durch die neuen Formen gewonnen werden, und die Zeugnisse der Erfahrung nicht berücksichtigt, welche lehrt, daß auf andere Weise durch die neue Prozeßform Kosten erspart werden. Wir wollen aus den Tabellen der Criminalstatistik der verschiedenen Staaten die Beweise unserer Behauptung im Verfolge dieses Aufsatzes liefern. Man liebt es, in dem Streite sich darauf zu berufen, daß der weise Gesetzgeber nicht leicht die dem Volke bekannten, von ihm gewöhnten, durch das Alter und das Herkommen als nationale Einrichtungen geheiligten Prozeßformen gegen neue Formen vertauschen wird, die fremden Ländern angehören, und Experimente seyn würden, für deren Gelingen in dem Lande keine Bürgschaft besteht. So achtungswürdig es ist, wenn der Gesetzgeber nicht leichtsinnig nach Neuerungen hascht, so gewiß ist es doch Pflicht des Gesetzgebers, die bisherige Form da aufzugeben, wo sich nachweisen läßt, daß nach dieser unter früheren von den jetzigen abweichenden Verhältnissen entstandenen und durch innere Gründe nicht gerechtfertigten Form [53]) nur unter besonderen Umständen

53) *Hier ist ein Punkt, wo man mit* Abegg *in der angeführten Schrift S. 38. nicht* übereinstimmen kann, wenn er den

und selbst da nicht vollständig die Vortheile gewonnen werden können, welche die bürgerliche Gesellschaft von dem Strafprozesse zu fordern berechtigt ist, und daß diese Form schon in ihrer Natur die Ursachen ihrer Unzweckmäßigkeit trägt, während durch andere Formen regelmäßig und naturgemäß der Zweck des Strafprozesses sich sicher erreichen läßt. Jede Strafprozeßordnung enthält eine Masse von Ermächtigungen für den Inquirenten und Richter, was sie zur Ausmittelung der Wahrheit zu thun befugt sind; die Rücksicht auf das öffentliche Interesse und der Wunsch, daß kein Schuldiger der Strafe entgehe, leitet dabei den Gesetzgeber, während auf der andern Seite das Gesetzbuch Garantieen enthalten muß, welche die individuelle Freiheit gegen leidenschaftliche und böswillige, aber auch gegen leichtsinnige, voreilige, durch übertriebenen Amtseifer geleitete Inquirenten in Schutz nehmen. Die Aufgabe, den Strafprozeß als ein Mittel, die Wirksamkeit der Strafgesetze durch Bestrafung des Schuldigen zu sichern, so zu ordnen, daß dieser Zweck am besten erreicht werden kann, geht dahin: den Richtern, welche über die Anklage zu urtheilen haben, so vollständige und treu gesammelte Materialien zu gewähren, daß sie über die Schuld und die zu erkennende gerechte Strafe am sichersten urtheilen können, und

---

Umstand, daß in Deutschland manche Ursachen der Ausbildung der volksthümlichen Rechte hemmend entgegentraten, einer höheren Nothwendigkeit zuschreibt und das canonische Recht dafür anführt. Zwar erklärt Abegg, daß mindestens im Verhältniß zu dem früheren Verfahren oder vielmehr zu dem Mangel eines solchen im wahren Sinne Fortschritte und Vortheile herbeigeführt wurden; damit ist aber freilich wenig bewiesen; denn was nur relativ — im Gegensatze des früheren Zustandes besser war, ist deswegen nicht gut überhaupt, oder für die Zeit, welche strengere Forderungen zu machen berechtigt ist. Wir möchten auch nicht die Ausbildung des geheimen schriftlichen Prozesses einer höheren Nothwendigkeit zuschreiben; das *canonische Recht*, dessen hohe Bedeutung auch wir anerkennen, *hätte sehr wohl* verbessernd wirken können, ohne zu demjenigen *zu führen*, was zuletzt in Deutschland sich ausbildete.

dafür zu sorgen, daß die Strafe den Schuldigen möglichst schnell treffe, und daß überall das Vertrauen der Bürger verstärkt werde, daß kein Schuldiger seiner Strafe entgehe, aber auch kein Unschuldiger eine Strafe leide. Die Aufgabe geht ferner dahin, in der Untersuchung die Stellung der dabei thätigen Beamten so zu ordnen, daß der Ankläger und der Untersuchungsbeamte in ein natürliches, die Entdeckung der Verbrechen eben so sicherndes, als die individuelle Freiheit schützendes Verhältniß gebracht, und durch passende Controlanstalten der Leidenschaftlichkeit, Einseitigkeit und Nachlässigkeit der Beamten vorgebeugt werde. Die Gebrechen des deutschen Strafprozesses liegen darin, daß 1) es an Garantieen fehlt, welche dem Angeschuldigten Schutz gewähren; daß 2) einem Beamten eine zu große Gewalt eingeräumt, und nach der ihm im Geiste des Inquisitionsprozesses gesetzten Aufgabe eine maaßlose Thätigkeit vorgeschrieben ist, und Forderungen an ihn gestellt werden, welche er in der widernatürlichen Lage, in welche er versetzt ist, nicht erfüllen kann; daß man 3) dem urtheilenden Richter die Materialien, auf deren Grund er entscheiden soll, erst durch viele Mittelglieder zur Kenntniß bringt, und 4) ihn der Mittel beraubt, sich selbst die zur Ueberzeugung nothwendigen Materialien zu verschaffen. An diesen Gebrechen mag man durch neue Gesetze, welche klare Bestimmungen, Einschränkungen, Instructionen enthalten, einzelne Verbesserungen anbringen; dem Uebel kann nicht völlig abgeholfen werden, weil die Grundlage fehlerhaft ist.

Soll Klarheit in die Verbesserungsarbeiten kommen, die sich auf den Strafprozeß beziehen, so bedarf es einer genauen Trennung der zwei Abtheilungen des Verfahrens: 1) jener Untersuchung, die nur den Zweck hat, die Materialien der Anklage, da wo Spuren verübter Verbrechen *sich ergeben, zu sammeln*, alle Beweisesquellen zu dem

Zwecke zu benutzen, um entscheiden zu können, ob wirklich ein Verbrechen verübt und wer desselben dringend verdächtig ist, ob daher hinreichender Grund vorhanden ist, eine bestimmte Person dieses Verbrechens öffentlich zu beschuldigen; 2) der Untersuchung, welche den Zweck hat, auszumitteln, ob die in den Stand der Anklage versetzte Person schuldig und in welchem Grade diese Schuld begründet ist, um gegen den Schuldigen die gerechte Strafe erkennen zu können.

§. V. Oeffentlichkeit des Hauptverfahrens.

Vergleicht man einen großen Theil der in Deutschland zur Verbesserung des Strafprozesses vorgeschlagenen Einrichtungen, so bemerkt man leicht einen Grundirrthum von Seite derjenigen, welche selbst zugestehen, daß die urtheilenden Richter die Angeschuldigten und Zeugen sehen und hören müssen. Man spricht von einem öffentlichen Schlußverfahren; schon in diesem Ausdruck liegt aber die irrige Voraussetzung, daß erst, nachdem die ganze Untersuchung, wie sie der deutsche Inquirent bis zur Einsendung der Akten an das entscheidende Gericht geführt und geschlossen worden ist, die sogenannte öffentliche Verhandlung Statt finden soll; auf diese Art sprechen manche Vertheidiger dieses Verfahrens von einer Wiederholung der Voruntersuchung, oder von einer Recapitulation oder Reconstruction der Ergebnisse derselben. Diese Darstellung führt zu dem Glauben, daß man sich von dem öffentlichen mündlichen Verfahren, wie es in England, Frankreich und in den obengenannten Staaten Italiens Statt findet, keine klare Vorstellung gemacht habe. So erklärt es sich, daß manche Gegner des neuen Verfahrens von einer Komödie sprechen können; wir dagegen sind überzeugt, daß *das eigentliche* Hauptverfahren (wie das römische judi-

cium publicum) von der Zeit an, als die Versetzung einer Person in den Anklagestand ausgesprochen ist, und einige Einleitungs- und Vorbereitungshandlungen vorgenommen sind, vor den urtheilenden Richtern mündlich und öffentlich vorgenommen werden muß. Die wahre Hauptuntersuchung liegt daher in diesem Verfahren; die Voruntersuchung wird schon geschlossen, wenn nur soviel Materialien gesammelt sind, daß die Richter über das Daseyn der Bedingungen entscheiden können, von denen die Versetzung in den Anklagestand abhängt. Zwar mag in diesem Hauptverfahren Manches vorkommen, was schon in der Voruntersuchung lag; allein verurtheilen sollen die Richter erst auf den Grund der Verhandlungen, die in Bezug auf die Aussage der Angeschuldigten und der Zeugen vor ihnen vorgingen, weil sich erst durch den Charakter jener Verhandlungen die wahre Beschaffenheit der Ergebnisse der zuvor bezeichneten Aussagen darstellt und jetzt erst die Richter die Bürgschaft erhalten, daß das, worauf sie verurtheilen, von den aussagenden Personen eben so ausgesagt worden ist, wie sie es der Verurtheilung zum Grunde legen wollen. In dieser Hauptuntersuchung kommt auch viel Neues vor; theils weil erst durch die Fragen des Präsidenten, der Richter, des Anklägers und des Angeklagten manche Umstände erörtert werden, um welche der Inquirent die Personen nicht befragt hatte, und weil die Aussagenden häufig das auf einseitige, oberflächliche, oder sonst fehlerhafte Befragung in der Voruntersuchung Angegebene in der öffentlichen Sitzung berichtigen, wo der Ernst der Verhandlung und die strenge Befragung sie dazu veranlaßt; theils weil erst hier neue, vorher nicht vernommene Zeugen verhört werden, die man in der Voruntersuchung nicht kannte, oder zu vernehmen nicht für *nöthig fand*. Der Hauptcharakter der in dieser *öffentlichen mündlichen* Verhandlung geführten Unter-

ſuchung liegt darin, 1) daß hier ſchon eine beſtimmte Anklage vorliegt, die wegen eines gewiſſen Verbrechens gegen beſtimmte Perſonen geſtellt iſt, während in der Voruntersuchung wegen der Ungewißheit, ob und welches Verbrechen und wer es verübt haben kann, eine große Zahl von Verhandlungen und Ausſagen vorkommt, die ſpäter als völlig nutzlos ſich zeigten, die aber in der Voruntersuchung nothwendig waren, weil der Inquirent alle Möglichkeiten ſich vorſtellen und darauf hin inquiriren, und oft eine Vernehmung nur zur Information, oder um Spuren die auf andere Beweiſesquellen führten, vornehmen mußte. 2) Wegen der zum Grunde liegenden Anklage erhält die Hauptunterſuchung ſchon eine beſtimmte Richtung, weil es auf andere Verbrechen, worauf die Anklage nicht geſtellt war, gar nicht und vielmehr Alles nur darauf ankommt, ob der Angeklagte das Verbrechen verübte, deſſen er angeklagt iſt, ſo daß eben wegen dieſer Beſtimmtheit der Richtung die Unterſuchung eine größere Klarheit und Lebendigkeit gewinnt. 3) Es tritt hier ein Zuſammenwirken vieler Perſonen auf die Benutzung der Beweiſesquellen ein, und zwar derjenigen, welche nach verſchiedenen Intereſſen, die ſie verfolgen, Fragen ſtellen und Zweifel zu beſeitigen ſuchen. Nicht blos der Präſident und die urtheilenden Richter, ſondern auch der Ankläger, der Angeklagte, ſeine Vertheidiger ſind dabei thätig. Während im Intereſſe der Begründung der Anklage der Staatsanwalt Fragen ſtellt und für Herbeiſchaffung der Beweismittel ſorgt, ſucht der Angeklagte Alles was für ſeine Vertheidigung wichtig iſt herzuſtellen, ſo daß durch dies Zuſammenwirken die Wahrheit vor den urtheilenden Richtern am beſten ſich darſtellt. 4) Dadurch, daß diejenigen, welche entſcheiden ſollen, bei der Verhandlung und *Benutzung* der Beweiſesquellen unmittelbar thätig ſeyn *können*, wird der Vortheil erreicht, daß ſie, welche den

weck der Urtheilsfällung vor Augen, am besten wissen, elche Aufklärungen sie noch bedürfen, welche Punkte für re Entscheidung relevant sind, sogleich der Befragung r Angeklagten, Zeugen, Sachverständigen jene Rich= ng geben können, welche am besten zur Herstellung der Wahrheit beiträgt. 5) Da die einzelnen Umstände nicht rstreut, wie sie in Akten liegen, eben so wenig nach nem gewissen Plane, wie sie der Referent zum Behufe iner Relation darstellt zur Kenntniß der Richter kommen, ndern in ihrem Zusammenhange, wie sie sich einander gänzen und erläutern, so wird durch eine solche Ver= ndlung eine klare Uebersicht, eine Totalanschauung des alles gewährt, wie sie nie das schriftliche Verfahren eben kann.

Es ist eine merkwürdige Erscheinung, daß in allen ändern, in welchen das öffentliche mündliche Verfahren steht, das Volk eben so mit der lebhaftesten Theilnahme ran hängt, wie die Richter darin das beste Mittel er= nnen, den Zweck zu erreichen. Insbesondere war es em Verfasser dieses Aufsatzes wichtig, zu bemerken, daß Italien in den Staaten, in welchen Oeffentlichkeit und Mündlichkeit seit einigen Jahren eingeführt wurden, alle Geschäftsmänner die Vortheile der neuen Gesetzgebung reisen; in Toskana, wo bis 1838 keine Oeffentlichkeit alt, in Parma rühmen die Richter, daß jetzt erst die rtheilsfällung wesentlich erleichtert worden sey; ein hoch= stellter Staatsbeamer von Florenz, der am besten die Wirkungen der Gesetze zu beobachten Gelegenheit hat, er= klärte dem Verfasser dieses Aufsatzes, daß seit der neuen rozeßform die Verurtheilung Schuldiger häufiger wäre, nd das Vertrauen der Bürger zur Strafjustiz und der chtung vor dem Nachdruck derselben sich vermehrt hätten. n Sardinien, wo, wie wir anführten, seit 1840 eini= rmaßen mündliche Verhandlungen vor den urtheilenden

Richtern eingeführt ſind, iſt unter den Praktikern n
eine Stimme, welche die Vortheile dieſer Geſetzgebu
rühmt, aber auch um ſo dringender wünſcht, daß b
die halbe Maaßregel (wir werden unten die durch Erf
rung nachgewieſenen Gründe der Unzulänglichkeit angeb
der conſequenten Durchführung der Oeffentlichkeit u
Mündlichkeit Platz mache.

Faßt man dies Verfahren in ſeiner Bedeutung
Verhandlung vor dem urtheilenden Richter auf, ſo
geben ſich entſchiedene Vortheile für die Beförderung
Strafjuſtiz.

1) Vor Allem wird dadurch die Gewißheit begr
det, daß die Materialien, auf welche das Urtheil
baut werden ſoll, vollſtändig und treu zur Kenntniß
urtheilenden Richter gelangen, während nach dem deutſc
Prozeſſe der Richter die Ergebniſſe der Ausſagen erſt erfäh
ſo wie der Inquirent ſie im Protokoll auffaßt und der
ferent ſie vorträgt. Es iſt nicht nöthig, um zu beweiſ
daß nach dem Verfahren der letzten Art keine Bürgſch
der Treue vorliegt, leidenſchaftliche oder überhaupt gen
ſenloſe Inquirenten oder Referenten vorauszuſetzen; ſch
in der Natur ſelbſt liegt es, daß auch bei dem redlichſten
amten die Redaction der Protokolle ſolche Schwierigkeit
hat [54]), daß die Aufzeichnung kein treues Abbild der A
ſagen gewährt [55]). Der Inquirent, der eine längere

---

54) Brauer in Demme's Annalen der Criminalrechtspfl
1841. S. 27.

55) Niccolini in der oben in §. III. Not. 48. angeführ
Rede (quistioni Vol. III. p. 24.) ſagt: die ſchriftlich pr
kollirten Ausſagen, vorzüglich von ungebildeten Menſchen,
nur die Zeugniſſe derer, welche die Protokolle redigirten; das
tokoll iſt eine Ueberſetzung der Ausſagen der Zeugen, in e
Ordnung, Form und Sprache redigirt, die nicht den Ausſa
den angehört; ſie kann untreu auch ohne allen böſen Wi
des Ueberſetzers ſeyn.

ihlung des Angeschuldigten oder Zeugen hörte, kann die
usſage nur ſo aufzeichnen laſſen, wie er ſie im Gedächt-
iſſe behalten hat; es iſt unmöglich, daß er jedes Wortes
en ſo wie es geſagt wurde, ſich erinnere; er wird oft ge-
eine oder Provinzialismen enthaltende Ausdrücke mit beſ-
ren vertauſchen; dadurch ändert er den Sinn, er giebt
r Erzählung einen andern Zuſammenhang, und der An-
ſchuldigte oder Zeuge, wenn ihm auch dieſe Aufzeichnung
orgeleſen wird, iſt nicht gewandt genug, die Bedeutung
r Aenderung ſchnell einzuſehen, oder hat nicht den nöthi-
n Muth, um zu widerſprechen. Der Verfaſſer dieſes
ffatzes erinnert ſich einer Maſſe von Fällen, wo in der
ündlichen Verhandlung die Ausſage des Zeugen ganz
nders lautete, als im Protokolle. Noch bedenklicher wird
s bei dem Inſtitute der Relation. Der Referent ſucht
urch einen kunſtmäßig geordneten Vortrag, in welchem
: die zerſtreut in den Akten liegenden Materialien nach
wiſſen Geſichtspunkten zuſammenſtellt, den Aktenaus-
ug zur Kenntniß der Collegen zu bringen; er faßt die
ſtände ſo auf, wie es ihm für das zu fällende Urtheil
chtig ſcheint; er läßt das ihm nicht relevant Scheinende
eg, und reißt leicht die Ausſagen aus ihrem natürlichen
ſammenhange. Wir berufen uns dagegen auf Alle,
elche ſchon oft mündlichen Verhandlungen beiwohnten;
e werden geſtehen müſſen, daß die Ausſage des Ange-
huldigten und der Zeugen vor den urtheilenden Richtern
nen Eindruck macht und eine Klarheit gewährt, die
uf keine andere Art zu erreichen iſt.

2) Schon das römiſche Recht [56]) erkannte, daß es
icht möglich iſt, ein gründliches Urtheil über die Glaub-
ürdigkeit der Zeugenausſagen zu fällen, wenn die Richter
ie Zeugen nicht ſelbſt ſehen und hören. Kein Protokoll

56) *L. 1. §. 2. und l. 21. D. de testib.*

kann jene Momente, von deren Kenntniß dieſe Beu
lung abhängt, treu auffaſſen. Die ganze Perſönli
des Zeugen, die Art ſeines Vortrags und ſeines B
mens, (ob er ernſt und ruhig mit dem Tone inn
Ueberzeugung, oder in jedem Augenblicke ſich ſelbſt n
ſprechend, oder das auswendig Gelernte herſagend
Zeugniß ablegt,) entſcheiden über die Glaubwürdi
Der Verfaſſer erinnert ſich eines Falles, wo es au
Beweis, ob eine gewiſſe Verſicherung gegeben worde
ankam; 6 Zeugen betheuerten, nichts gehört zu haben
Zeuge verſicherte, daß er die Aeußerung gehört habe
letzte Zeuge war ein Mann von 76 Jahren, deſſen g
Weſen die reinſte Wahrheitsliebe zeigte, und die
Beobachtungsgabe, das Gefühl, mit dem er den
der Ausſage begriff, und die Gewiſſenhaftigkeit be
während von den anderen Zeugen Einige als leichtſi
andere als ſtupide, zwei als leidenſchaftliche Me
jedem Beobachter ſich darſtellten.

3) Nur bei dieſer mündlichen Verhandlung wi
den Richtern möglich, durch paſſende Fragen die
Beſchaffenheit der Sache auszumitteln und die Zweif
beſeitigen. Es iſt bekannt, daß ein großer Theil de
quirenten Männer ſind, welche nie ſelbſt in Gerichts
Strafurtheile fällten; nur wer das Richteramt
weiß, welche Nebenumſtände dem Richter bei ſeine
theilsfällung wichtig ſind; über eine Reihe relevante
ſtände enthält daher das Protokoll keine Angaben;
Richter, indem er den Zweck vor Augen hat, weiß,
ihm wichtig wird, und kann in der mündlichen Ver
lung durch Fragen ſich die Lücken ausfüllen, er ka
Widerſprüche in den Ausſagen durch ſolche Fragen b
gen und die vollſtändigen Materialien ſich verſchaffen

4) Das Recht des Anklägers und des Angekl
die Zeugen über gewiſſe Umſtände befragen zu laſſen

nicht weniger wichtig. Durch die Fragen des Staatsanwalts um die Nebenumstände, die für die Anklage bedeutend sind, wird erst die wahre Beschaffenheit einer Thatsache klar; das Vorhalten des Widerspruchs mit anderen Aussagen, die Nöthigung des Zeugen sich über Nebenumstände zu erklären, fördert die Wahrheit an den Tag; die Befragung des Angeschuldigten oder des Vertheidigers, der den Zeugen, welcher sich nicht erinnern will, an Nebenumstände erinnert, die seinem Gedächtniß nachhelfen, oder um Umstände fragt, bei denen der Widerspruch mit anderen Aussagen bald hervortritt, entlarven den Lügner oder stellen den Zeugen als leichtsinnig oder nicht gehörig unterrichtet dar.

5) Vorzüglich zeigt sich der Vortheil bei dem Indicienbeweise. Es ist bekannt, wie nur die genaueste Kenntniß der Individualität des Angeschuldigten es möglich macht, über das Gewicht eines Indiciums zu urtheilen [57]), z. B. über den Ernst der Drohung, über den Einfluß, den ein gewisses Motiv, z. B. Feindschaft, auf den Angeschuldigten haben konnte; nicht weniger hängt hier Alles davon ab, in wiefern die Rechtfertigung des Inculpaten Glauben verdient und welche Bedeutung ein gewisses Verhältniß, bei welchem ein complicirter Begriff vorkommt, z. B. Handschrift, in Beziehung auf den Angeschuldigten hat [58]). In allen diesen Rücksichten kann nur die mündliche Verhandlung die Richter in den Stand setzen, unmittelbar durch zweckmäßige Befragung sich die Materialien zu verschaffen, durch welche das Urtheil über das Gewicht von Indicien möglich wird.

---

57) Trefflich v. Watzdorf in seinen Jahrbüchern des sächsischen Strafrechts, Hft. I. S. 23.

58) *Wichtige Bemerkungen über die Gefahr bei solchen Aussagen, Brauer in Demme's Annalen. 1841. S. 22.*

6) Daran reihet sich der für die öffentliche Sicherheit und die Wirksamkeit der Strafjustiz so wichtige Vortheil, daß weit mehr Verurtheilungen der Schuldigen bei dem mündlichen öffentlichen Verfahren möglich werden, als nach dem deutschen schriftlichen Prozesse. Jeder, der lange öffentliche Verhandlungen beobachtete, weiß, wie häufig durch das Zusammenwirken der Befragung der verschiedenen hier thätigen Personen, durch den Zusammenhang der anschuldigenden Aussagen, durch das rasche Aufeinanderfolgen von Fragen, und durch die beständige Confrontation ein solcher Eindruck auf den Angeklagten gemacht wird, daß er entweder am Ende gedrängt von allen Seiten zuletzt verstummt und keine Rechtfertigung mehr angeben kann, so daß sein Schweigen ein furchtbares Gewicht der Anschuldigung giebt und die allgemeine Ueberzeugung seiner Schuld begründet; oder daß zuletzt der Angeklagte in der Ueberzeugung, daß keiner seiner Ausflüchte nützt, durch das Gewicht der Anschuldigungsgründe niedergedrückt das Geständniß ablegt [59]). Wer dies läugnet, kennt die Erfahrungen der Länder nicht, in welchen öffentlich mündliche Verhandlungen bestehen. Eben in Italien ist die Ueberzeugung von dem Vortheile, daß jetzt mehr Schuldige verurtheilt werden, allgemein anerkannt [60]). Vergleicht man die Tabellen der Länder, in welchen auf den Grund schriftlicher Verhandlungen verurtheilt werden muß, mit den Ergebnissen des mündlichen öffentlichen Ver-

59) In der Verhandlung vor der Pairskammer in dem Prozesse gegen Queniſſet zeigte sich die Wahrheit dieser Beobachtung klar bei dem Geständnisse von Dufour.

60) In der Lombardei (wo schriftliches Verfahren gilt ohne Oeffentlichkeit) ist die Zahl der Lossprechungen ab instantia auffallend groß; es kamen dort (im Zeitraum von 10 Jahren) *auf 100* Inquisiten 42 solche Lossprechungen, während in den *Nachbarländern*, wo Oeffentlichkeit, Mündlichkeit besteht, weit *mehr* Verurtheilungen erfolgen.

fahrens, so zeigt sich die Wahrheit unserer Behauptung. In Oesterreich [61]) wurde in den Jahren 1822 — 1831 ein Zwölftel der Beschuldigten freigesprochen und ein Drittheil von der Instanz entlassen. Im Jahr 1837 wurden 9475 verurtheilt, 730 losgesprochen, 4504 von der Instanz entlassen.

Im Königreiche Preußen sind im Jahr 1836 76046 Personen in Untersuchung wegen Verbrechen gekommen, davon waren 52339 verurtheilt, 10855 vorläufig freigesprochen, 11999 gänzlich losgesprochen worden [62]). Im J. 1839 wurden 85594 Personen in Untersuchung gezogen, davon 58832 verurtheilt, 12763 vorläufig, 13999 völlig freigesprochen [63]). — Im Königreiche Baiern wurden 1833 von 4341 wegen Verbrechen und Vergehen Angeschuldigten 2027 verurtheilt und 1547 von der Instanz entlassen, 767 völlig losgesprochen. — Im Königreiche Würtemberg wurden überhaupt $18^{32}/_{33}$ 11410 Personen in Untersuchung gezogen, davon 8146 verurtheilt, 3264 losgesprochen; im J. $18^{34}/_{35}$ von 13083 Prozessirten 9165 verurtheilt und 3918 losgesprochen. Vom 1. Juli 1839 bis 1. Juli 1840 wurden von 3310 Angeschuldigten, gegen welche die Untersuchung geschlossen wurde, 1819 verurtheilt, 1491 losgesprochen (entweder völlig oder vorläufig). Vom 1. Juli 1840 bis 1. Juli 1841 wurden von 4016, gegen welche die Untersuchung beendigt war, 2176 verurtheilt, 1840 nicht verurtheilt. — Im Großherzogthum Baden wurden im J. 1839 wegen Verbrechen und Vergehen in Untersuchung Gezogene 2649 Urtheile gefällt, davon wurden 1411

---

61) Springer Statistik des österreichischen Kaiserstaats. 2r Bd. S. 146.

62) *Generalbericht des k. Justizministers* Mühler S. 115.

63) *Generalbericht des Justizmin.* über das J. 1839. S. 500.

verurtheilt und 1238 freigesprochen. Im J. 1837 war über 2289 Prozessirte zu entscheiden, davon wurden 1000 freigesprochen und 1289 verurtheilt. — Betrachte man dagegen das Verhältniß der Freisprechungen in Ländern, in welchen öffentliches mündliches Verfahren besteht. In Frankreich wurden 1839 wegen Verbrechen 7858 vor die Geschwornengerichte gestellt und davon 5063 verurtheilt, 2795 freigesprochen. Wichtiger ist noch das Verhältniß bei den correctionellen Gerichten, bei welchen rechtsgelehrte Richter entscheiden. Dort wurden 1839 190642 vor Gericht wegen délits gestellt, davon nur 23862 losgesprochen, die übrigen verurtheilt. Im Königreiche Belgien wurden von den Geschwornen 1831 30 auf 100, im J. 1834 39 auf 100 losgesprochen. Im J. 1835 wurden von 592, die wegen crimes vor die Assisen gestellt wurden, 249 losgesprochen. Bei den correctionellen Gerichten wurden in Belgien in den Jahren 1831 bis 1834 in 60759 Fällen von 93377 22207 losgesprochen, also 23 von 100 Angeschuldigten. Im J. 1835 wurden in Belgien von 24745 wegen Vergehen vor Gericht Gestellten nur 6041 losgesprochen, die übrigen verurtheilt. Im Jahr 1837 wurden wegen délits vor Gericht gestellten 23443 Angeschuldigten 5762, im J. 1838 von 24564 5162, im J. 1839 von 23560 5003 losgesprochen. — Im Kanton Genf, wo rechtsgelehrte Richter die Urtheile fällen, wurden 1840 von 76 wegen crimes vor die Criminalgerichte Gestellten 55 verurtheilt und 19 losgesprochen. Wegen correctioneller Vergehen wurden 1840 von 381 vor Gericht Gestellten 303 verurtheilt und nur 72 losgesprochen [64]). — Im Königreiche Neapel, wo ebenfalls rechtsgelehrte Richter urtheilen, wurden von den

64) Von dem Waatlande ist oben §. 11. Not. 17. das Verhältniß von Lossprechung und Verurtheilung angegeben.

Criminalgerichten auf den Grund öffentlicher Verhandlungen 1832 von 5320 wegen Verbrechen angeklagten Personen 3867 verurtheilt, 263 völlig, 1190 provisorisch losgesprochen; 1833 von 5813 Personen 4123 verurtheilt, 600 losgesprochen.

7) Es läßt sich nachweisen, daß die Strafprozesse da, wo öffentliche Verhandlungen vorkommen, schneller erledigt werden, als da, wo auf schriftlichen Prozeß geurtheilt werden muß. Der Beweis läßt sich leicht führen, wenn man erwägt, daß da, wo der Inquirent sich selbst verlassen ist, das Streben, das Geständniß zu erlangen und die Untersuchung zu vervollständigen, ihn dazu dringt, die Untersuchung nicht so schnell zu schließen; daß ferner schon durch den Umstand, daß wenn die Voruntersuchung geschlossen ist, die Sache sogleich in die Verhandlung kommt, und dort in der Regel in einer Sitzung beendigt wird, während die Aufgabe des Inquirenten, die vollständige geschlossene Untersuchung dem Criminalgerichte einzusenden, nothwendig die Untersuchungen verlängert. Erwäge man dazu, wie viel Zeit die Vorbereitung des Referenten fordert, der die dickleibigen Akten studiren muß, wie lange es oft dauert, bis nur die Relation vorgetragen werden kann; rechne man dazu, wie häufig in wichtigen Fällen das Obergericht Ergänzungen anordnen muß, und wie lange in Criminalfällen, in denen es auf Gutachten der Aerzte ankommt, die Akten bei den Medicinalbehörden liegen bleiben, und man wird zugeben, daß die mündliche Verhandlung weit abkürzender ist, wie auch der königl. preußische Justizminister diesen Vortheil des neuen Verfahrens hervorhebt [65]). Leider hüllt man in Deutschland gern die Ergebnisse der Strafjustiz in Dunkel ein, und nur mit Mühe gelangt man dazu, Cri-

65) S. Bericht in v. Kamptz Jahrbüchern S. 375.

minaltabellen zu erhalten. Interessant ist es, die Mittheilungen der badischen Tabellen [66]) darüber zu vergleichen, wie lange die Untersuchungen dauerten. In 40 Fällen dauerte im J. 1839 die Untersuchung 2 Monate, in 24 Fällen 3 Monate, in 18 Fällen 4, in 11 Fällen 6 Monate, in 2 Fällen 10 Monate. Vom Schlusse der Untersuchung an bis zum Urtheil vergingen in einem Falle ein Jahr, in 121 Fällen verfloß ein Monat, in 17 Fällen 2 Monate, in 13 Fällen 3, in 11 Fällen 7 Monate, und in 3 Fällen 10 Monate. Vergleicht man dagegen die Erfahrungen der Länder, wo Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gilt, so zeigt sich, daß in Frankreich [67]) im Jahr 1839 von 5621 Fällen, welche vor die Assisen kamen, in 1282 Fällen innerhalb 3 Monate, vom Tage des verübten Verbrechens an, in 1019 Fällen im 4ten, in 832 im 5ten Monat das Urtheil gefällt wurde. Von 7440 Angeschuldigten wurde innerhalb der ersten 3 Monate, von der Verhaftung an, in 3440 Fällen das Urtheil gefällt. In den correctionellen Sachen wurden von 143844 Fällen 55625 im ersten Monate, 51705 im 2ten Monate entschieden. — In Belgien wurden 6695 Fälle im J. 1835 im ersten Monate, vom Tage des Vergehens an, 5916 im 2ten, 2098 im 3ten Monate vollständig instruirt. — In Rheinpreußen, wo nach französischem Verfahren verhandelt wurde, erfolgte das Urtheil in den ersten Monaten, vom Tage des verübten Verbrechens an, im J. 1837 in 94, im J. 1838 in 103, im J. 1839 in 126 Fällen; im 5ten

66) Nach der Uebersicht der Strafrechtspflege im Jahr 1839 S. 56. 57. In Baden bestehen übrigens manche neue Einrichtungen, welche auf die Beschleunigung der Relationen bei den Gerichten gut wirken.

67) *Compte rendu de l'administration de la justice criminelle pag.* 240.

Monate wurde im J. 1837 in 156, 1838 in 143, im J. 1839 in 143 Fällen das Urtheil gesprochen. — In Genf, wo ebenfalls französisches Verfahren (mit einigen Abkürzungen) gilt, dauerte nach den Straftabellen die Untersuchung, bis die Verhandlung an das Gericht zur Entscheidung gelangte, im J. 1837 $10^1/_5$ Tage, im J. 1838. $8^4/_5$ Tage, im J. 1839. $10^1/_2$, im J. 1840 $7^1/_{10}$ Tage. — Wir werden nun die Einwendungen, welche man gegen die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen vorbringt, und die Vorschläge, welche man als Surrogate empfiehlt, näher prüfen.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

III.

Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr.

Von
Herrn Professor Dr. Zöpfl
zu Heidelberg.

Es giebt gewisse Materien in der Rechtswissenschaft, hinsichtlich deren es den Anschein hat, als wenn sie nicht vollständig erschöpft werden könnten, so vielfache und von verschiedenen Standpunkten ausgehende Bearbeitungen auch denselben gewidmet werden — Lehren, welche ein immer erneuertes, ja sogar fortwährend gesteigertes Interesse darbieten, je tiefer die wissenschaftliche Forschung in sie einzudringen sich bemüht. Zu diesen Materien, welche wie ein unerschöpflicher Schacht dem Bearbeiter eine immer neue Ausbeute versprechen, gehört insbesondere die Lehre von der Nothwehr, deren Erörterung in Rücksicht auf die Feststellung ihrer obersten Prinzipien durch die Gesetzgebung in der neueren Zeit ein unabweisliches Bedürfniß geworden ist. Wirft man einen Blick auf die Ausführungen, welche über die Lehre von der Nothwehr in kurzer Folge an das Licht getreten sind, so kann es kaum anders, als sehr auffallend und überraschend gefunden werden, daß in dieser Materie, deren ausnehmende praktische Bedeutung so unverkennbar und offen vorliegt, so wenige Ueber*einstimmung* der Ansichten herrschet, und mit jeder neuen *Untersuchung* fast mehrere Schwierigkeiten aufgedeckt,

und Bedenken gehäuft, als Zweifel gelöſt worden ſind. Gerade aus dieſem Grunde wird aber auch eine weitere Beleuchtung des gegenwärtigen Standes der Streitfragen nicht als überflüſſig erachtet werden dürfen, ſollte ſie auch kein anderes Verdienſt haben, als das, die Gegenſätze der verſchiedenen Anſichten mit möglichſter Beſtimmtheit zum Bewußtſeyn zu bringen. Fragen wir daher zuerſt nach der Urſache, aus welcher in einer ſo alltäglich praktiſchen Materie, wie die Lehre von der Nothwehr iſt, eine ſo große und weſentliche Verſchiedenheit der Anſichten ſich bilden konnte, ſo dränget ſich die Antwort von ſelbſt auf. Die Urſache jener Verſchiedenheit der Anſichten liegt in der Verſchiedenheit der Quellen, aus welchen die oberſten Grundſätze für die Entſcheidung der hier einſchlägigen Fragen geſchöpft werden können. Der Begriff der Nothwehr wird nämlich ſchon als gegeben mit dem allgemeinen, philoſophiſchen, dem ſogenannten natürlichen Rechte betrachtet: das römiſche Recht und das deutſche Recht, und in letzterem ſogar die Geſetzgebung ſeit den Zeiten der Carolina, haben dieſen Begriff in ſich aufgenommen, und denſelben mehr oder minder eigenthümlich modificirt, keineswegs aber denſelben ſo allſeitig caſuiſtiſch entwickelt, wie es das praktiſche Bedürfniß zu erfordern ſcheint. Die Wiſſenſchaft endlich, welche ſich aufgefordert fühlte, dieſem Mangel abzuhelfen, und den Stoff für eine mehr erſchöpfende neuere Legislation herbeizuſchaffen, recurrirte in dieſer Lehre meiſtens auf das natürliche Recht, deſſen Grundſätze man ohnehin in den mageren Stellen des römiſchen Rechtes und in den unvollſtändigen Andeutungen der Carolina adoptirt finden wollte, und gerade in dieſem Recurriren auf das ſogenannte natürliche Recht, wodurch man einen feſten Standpunkt für die Entſcheidung der hier einſchlägigen Streitfragen zu erhalten glaubte, liegt der Grund, weßhalb die Kluft zwiſchen den verſchie-

denen Ansichten sich immer mehr erweiterte, anstatt sich auszufüllen. Diese Erscheinung kann denjenigen nicht befremden, welcher sich einmal darüber in's Klare gesetzt hat, daß das natürliche Recht, — so wie darunter etwas mehr, als die bloße Idee und der Begriff des Rechtes verstanden wird, und namentlich wenn man auch die concrete Anwendung des Rechtsbegriffes auf einzelne Fälle darunter begreift — gar nicht anders, als individuell erkannt werden kann, d. h. daß der absolute Rechtsbegriff unwillkührlichen, durch die Individualität des Denkers selbst, resp. durch seinen Charakter, seine Verstandeskräfte und Gemüthsbeschaffenheit, durch seine Bildungsstufe, durch sein Alter und seine Lebenserfahrung, ja sogar endlich durch seine Nationalität selbst bedingten Modificationen unterworfen ist, und nicht anders, als unter solchen, dem Denker selbst in der Regel unbewußten und unbemerkbaren Einflüssen ausgesprochen werden kann. Hier stehen wir an der Quelle jenes Grundfehlers, welcher durch alle unsere Systeme des sogenannten Naturrechts hindurchläuft, nämlich der Selbsttäuschung, das individuell gewünschte Recht als das allgemein gelten sollende zu proclamiren, mit anderen Worten — demjenigen, was man persönlich als zweckmäßig erkennet, dictatorisch den Charakter eines universell gültigen Rechtes beizulegen. Aber auch diese, fast bei allen Schriftstellern, welche das Recht vom sogenannten philosophischen Standpunkte aus behandeln, bemerkliche Selbsttäuschung findet ihre genügende Erklärung in dem innersten Wesen des Rechtes selbst. Was ist nämlich das Recht an sich betrachtet anders, als ein Inbegriff von Interessen der Menschheit, und zwar ein Inbegriff solcher unabweislichen, dringenden Interessen, daß ohne deren praktische *Realisirung* eine vernunftgemäße sociale Existenz gar nicht *gedacht werden* kann, und eben daher die Vernunft selbst

die Zuläſſigkeit eines äußern Zwanges zu ihrer Durchſetzung gegen die Widerſtrebenden für gerechtfertigt erklärt? Jedes Recht ſetzt daher ein Intereſſe voraus, und kann ohne ein ſolches nicht gedacht werden, und erliſcht daher auch von ſelbſt, wo das Intereſſe hinweggefallen iſt, auf welches es ſich gründete [1]). Daraus aber, daß ein jedes Recht durch ein Intereſſe bedingt iſt, und ein ſolches in ſich ſchließt, folgt zwar noch keineswegs umgekehrt, daß ein jedes Intereſſe ein Recht ſey: jedoch erklärt ſich gerade aus dieſem Verhältniſſe, warum die Verwechſelung von Rechten und Intereſſen eine ſo häufige Erſcheinung iſt, indem ein jedes Intereſſe, ſo einſeitig es auch an ſich ſeyn mag, naturgemäß danach ringet, ſich Befriedigung und äußere Geltung zu verſchaffen — d. h. den Charakter eines Rechtes zu erlangen. Alles kommt hier auf die Art und Weiſe an, in welcher das Kriterium aufgefaßt wird, nach welchem ſich beſtimmen ſoll, welchen Intereſſen der Charakter eines Rechtes beizulegen iſt, oder nicht. Da nun aber dieſes Kriterium, ſo wie man von dem poſitiven und in concreten Staaten wirklich geltenden Rechte abſieht und das Recht an ſich betrachtet, eben nichts anderes iſt und ſeyn kann, als die Unentbehrlichkeit der allgemeinen Anerkennung und Achtung gewiſſer Intereſſen ſo iſt, ſelbſt wenn man volle Einſtimmigkeit über das ausgeſprochene Kriterium vorausſetzt, gerade hiermit, und unvermeidlich der vielleicht niemals endende Streit provocirt, ob ein gewiſſes Intereſſe in concreto ſo qualificirt ſey, daß es auf die Anerkennung als ein Recht einen Anſpruch habe oder nicht? Dieſes Problem zu löſen, iſt die ewige Aufgabe jener politiſchen Verbindungen, welche

1) Dieſer Satz gilt unbedingt ſowohl für das öffentliche Recht, als für das Criminal- und Privatrecht. Ein Ausfluß hiervon iſt z. B. die Erlöſchung der Servituten durch den Untergang des herrſchenden Gutes u. ſ. w.

sich unter der Bezeichnung als Staaten in der Menschheit bilden, sobald bei einem Theile derselben — bei einer Nation — das Bedürfniß einer Anerkennung einer allgemeinen Regel für das sociale Leben zum Bewußtseyn gelangt. So wie sich in den einzelnen Staaten unter den Staatsgenossen naturgemäß Parteiungen bilden, welche durch die Gemeinschaftlichkeit spezieller Interessen hervorgerufen werden, so gehet auch das immerwährende Streben aller politischen Parteien, ja sogar das Streben aller Individuen dahin, ihre speziellen Interessen zum Rechte zu erheben. Der ordnungsmäßige Weg im Staate, Interessen in Rechte umzuwandeln, welche von dem Volke nicht von Haus aus, kraft seiner ihm angebornen nationalen Philosophie (der Volksphilosophie), die sich in Form des Herkommens praktisch äußert, dafür anerkannt werden, ist der Weg der Gesetzgebung. Wo immer eine neue Legislation in Frage stehet, und namentlich in Staaten, welche dem Volke durch einen Repräsentantenkörper eine unmittelbare Theilnahme an der Gesetzgebung verstatten, wie die constitutionelle Monarchie, liegt in der Ankündigung eines neuen Gesetzentwurfes selbst eine offene Aufforderung der Staatsgewalt an die politischen Parteien und an die in dem Volke befindlichen einzelnen Intelligenzen, den Kampf für die Anerkennung ihrer Interessen als Rechte zu beginnen. Hierbei offenbaret sich nun regelmäßig eine tief in der menschlichen Natur wurzelnde Eigenthümlichkeit, indem nämlich selten eine Forderung an die Gesetzgebung als eine Forderung der Zweckmäßigkeit, sondern meistens, wo es nur immer mit einigem Scheine thunlich ist, — wenn auch nur des größeren Nachdruckes wegen — als eine Forderung des Rechtes, und zwar des natürlichen Rechtes ausgesprochen *wird, welches* nunmehr zur positiven Geltung gebracht *werden soll,* obgleich dieses natürliche Recht in der Regel

eben nichts anderes iſt, als ein Inbegriff, zur Zeit bei einem gewiſſen Volke hinſichtlich ihrer Gemeingültigkeit noch problematiſcher Intereſſen, für welche ein individueller Denker oder eine Partei nunmehr die Bekleidung mit dem Charakter eines Rechtes in Anſpruch nimmt. Darum wird auch der Streit in der Regel mit ſo großer Heftigkeit und Hartnäckigkeit geführt, weil jeder Theil glaubt, oder doch zu glauben vorgibt, daß er bereits um ein ihm zuſtehendes Recht ſtreite, während er im Grunde um die Erlangung eines ihm noch nicht zuſtehenden, aber wegen ſeiner Intereſſen dringend zu wünſchenden Rechtes ſtreitet, und vielleicht wäre für eine Verſtändigung ſchon ein nicht unbedeutender annähernder Schritt geſchehen, wenn es gelingen könnte, letztere Anſicht zu einer allgemeinen Anerkennung zu bringen. Ueberhaupt kommt es bei einer neuen Legislation, um welche es ſich in unſerer Zeit zunächſt handelt, nicht darauf an, ob man eine Forderung als eine Forderung des Rechtes oder der Billigkeit, oder einer unabweislichen Zweckmäßigkeit bezeichnet, da dem Staate doch keine dieſer Rückſichten fremd bleiben darf, und die Aufgabe der Geſetzgebung, wenn ſie richtig verſtanden wird, doch nie die ſeyn kann, das abſolute Recht an ſich aufzuſtellen, ſondern ein Recht zu gründen, welches der Individualität der Nation, für deren praktiſchen Gebrauch es beſtimmt iſt, und dem Bedürfniſſe der gegenwärtig lebenden Generation am zweckmäßigſten entſpricht. Wollte man ſich immer nur von dem Standpunkte des ſogenannten natürlichen Rechtes aus bekämpfen, ſo möchte es leicht der Fall ſeyn, daß eine für das praktiſche Leben ſo dringend wünſchenswerthe Verſtändigung über Fragen, welche ſich in ihm faſt täglich wiederholen, niemals, oder doch nur ſehr ſpät erreicht werden möchte, da jeder der Kämpfer befugt iſt, ſo wie er ſich auf dieſem *Felde bewegt, eine gleiche* Vernünftigkeit wie der Gegner

in Anſpruch zu nehmen, und der Egoismus hier nicht leicht eine Nachgiebigkeit und Unterordnung unter eine fremde Meinung geſtatten wird. Der Weg, welcher hiernach möglicherweiſe zu einer Ausgleichung führen kann, iſt nur der einer hiſtoriſchen Forſchung. Man muß vorerſt die Geſchichte befragen, und die Idee aufſuchen, welche der nationalen Auffaſſung eines Rechtsverhältniſſes zu Grunde liegt, und dann muß man das praktiſche Bedürfniß erkunden und ins Auge faſſen. Verſucht man, dieſen Weg bei der Erörterung der Lehre von der Nothwehr einzuſchlagen, ſo kann es nicht entgehen, daß ſich dieſelbe im römiſchen Rechte auf eine ganz andere und weſentlich verſchiedene Weiſe, als in dem urſprünglichen und reinen deutſchen Rechte aufgefaßt findet, und manche praktiſche Schwierigkeit gerade von der ſpäteren, nichts weniger als glücklich zu nennenden Vermiſchung der Grundprinzipien dieſer beiden Mutterrechte des modernen Europa herrührt.

Betrachten wir zuerſt die Beſtimmungen des römiſchen Rechtes, welche von der Nothwehr handeln. Hier dränget ſich uns ſogleich die Bemerkung auf, daß das römiſche Recht gar keine beſondere Theorie über die Nothwehr aufſtellt, daß vielmehr dieſelbe durchgehends nur beiläufig, in einzelnen abgeriſſenen, und nichts weniger als nur einigermaßen erſchöpfenden Sätzen caſuiſtiſchen Inhalts, als einſeitiger Ausfluß und Conſequenz, ja faſt ſogar nur als Pendant einer anderen Lehre von allgemeinerer Bedeutung dargeſtellt wird. Es müßte ſogar im höchſten Grade befremden, daß eine ſo ungemein praktiſche Materie, wie dieſe, den römiſchen Juriſten nicht mehr Stoff zur Behandlung gegeben hätte, und nur in ſo wenigen Stellen davon geſprochen wird, wenn nicht gerade *in der Beziehung* der ganzen Lehre auf ein höheres Prinzip, *auch die* genügende Aufklärung für dieſe anſcheinende

Sonderbarkeit gegeben wäre. Vortrefflich iſt dieſes Prinzip in Fr. 4. pr. Dig. ad leg. Aquil. IX. 2. in den Worten ausgedrückt: „adversus *periculum* naturalis ratio permittit, se defendere“ [2]). Die Nothwehr — (in L. 1. Cod. quod liceat unicuique sine judice se vindicare III. 27., *sui ultio* genannt) — geht daher in dem römiſchen Rechte ganz in dem Begriffe der Selbſtvertheidigung eines Beſitzes oder Quasi-Beſitzes [3]) auf: ſie identificirt ſich mit demſelben in aller und jeder Beziehung. Ob die Selbſtvertheidigung zum Schutze von Leib oder Leben (wie im Falle des Fr. 5. pr. ad L. Aquil. IX. 2., und des Fr. 1. §. 4. ad L. Cornel. de sicariis XLVIII. 8.), oder ob ſie zum Schutze einer unbeweglichen Sache (wie im Falle der L. 1. Cod. unde vi VIII. 4.), oder zum Schutze eines anderen, beweglichen Gegenſtandes (Fall des Fr. 4. pr. ad L. Aquil. IX. 2.) [4]) vorgenommen wird, iſt für ihren Begriff als „inculpatae tutelae moderatio“ [5]) völlig gleichgültig. Da nun aber die Selbſtvertheidigung der Natur der Sache nach hinſichtlich ihrer Form, d. h. hinſichtlich der Art und Weiſe ihrer Ausübung, ſo wie auch hinſichtlich ihres Umfanges jederzeit durch die Art und Größe des „*Periculum*“ von ſelbſt bedingt iſt, ſo gaben ſich die römiſchen Juriſten gar keine Mühe, dieſe Form und den Umfang der inculpatae tutelae moderatio ſpezieller zu beſtimmen, und etwa darüber noch wei-

---

2) Siehe auch Fr. 45. ad L. Aquil. „Vim enim vi defendere, omnes leges, omniaque jura permittunt. — Auch Fr. 1. §. 27. unde vi XLIII. 16. — Fr. 3. Dig. de just. et jure I. 1.

3) L. 6. Cod. ad L. Jul. de vi publ. IX. 12.

4) *Vergl. auch L. 4. Cod.* ad L. Cornel. de sic. IX. 16.

5) *Vergl. die angef. L. 1.* Cod. unde vi VIII. 4.

tere Prinzipien aufzustellen, sondern sahen darin nur eine Beweisfrage in concreto, für deren Entscheidung nur die Individualität des Falles maaßgebend seyn könnte, und folgeweise vertraute man dem gesunden Sinne des Richters, das Verhältniß zwischen dem Periculum und der inculpatae tutelae moderatio gehörig abzuschätzen. Diese Grundansicht des römischen Rechtes ist schon sehr gut von Roßhirt [6]) erkannt und folgendermaßen ausgedrückt worden: „Die Römer lassen sich nirgends darauf ein, das Unverschuldete zu beschreiben, sondern sagen ganz allgemein, daß, wenn Jemand thue und lasse, was ein rechtlicher tüchtiger Mann in solchen Umständen thun und lassen müsse, man ihm juristisch nichts anhaben könne, die Folgen seyen, welche sie wollen"; und gleich nachher wird beigefügt [7]): „Jeder tüchtige Mann muß nach der Gefahr, die ihm droht, die Mittel seiner Vertheidigung bestimmen, und dabei kommt wieder so viel auf die Individualität der Menschen und Lagen an, daß man nicht alle mit gleichem Maaße messen darf, und daß man so recht eigentlich in den ganzen Zustand des Handelnden sich hineindenken muß, um zu entscheiden, ob er Ziel und Maaß gehalten habe oder nicht." — Hätte diese Darstellung sich darauf beschränkt, eine Entwickelung der Grundsätze des römischen Rechtes über die Nothwehr seyn zu wollen, so würde man ihr unbedenklich beipflichten dürfen. Nur in sofern aber zugleich auch ein Anspruch auf fortwährende Geltung jener römischen Grundansicht, und zwar nicht allein für das gemeine deutsche Criminalrecht behauptet, sondern sogar überhaupt mit Rücksicht auf neuere Legislationen die Zweckmäßigkeit oder

---

6) *Entwickelung* der Grundsätze des Strafrechts. Heidelberg 1828. §. 33.

7) *Ebendas.* S. 207.

Möglichkeit ſpeziellerer geſetzlicher Beſtimmungen über die Nothwehr in Abrede geſtellt werden will, muß einmal das entgegengehalten werden, daß der Begriff der Nothwehr in dem deutſchen Rechte von jeher, der nationalen germaniſchen Auffaſſung dieſes Verhältniſſes entſprechend, in einer ganz andern Weiſe beſtimmt worden iſt, und auch, ſo lange dieſe nationale Auffaſſung nicht aufgegeben wird — wozu, wie ich glaube, gezeigt werden kann, kein Grund vorhanden iſt — fortwährend ſelbſt durch die neuere Geſetzgebung, wenn ſie nicht antinational ſeyn ſoll, in einer andern Weiſe aufgefaßt werden muß, als dies bei den Römern der Fall geweſen iſt. Allein auch abgeſehen hiervon, und ſelbſt wenn das römiſche Grundprinzip noch ohne alle Modification als praktiſch angeſehen werden dürfte, ſo möchte das Bedürfniß weiterer Regeln über die Anwendung dieſes Prinzipes auf die vorkommenden einzelnen Fälle nicht verkannt werden können, namentlich da wir in Deutſchland — die baieriſchen und preußiſchen Rheinprovinzen abgerechnet — keine Jury-Verfaſſung haben, und wenn wir auch im Intereſſe der Humanität und der lebendigen Fortbildung des Rechtes für das richterliche Ermeſſen bei Beſtimmung der Strafart und des Strafquantum einen möglichſt weiten Spielraum wünſchen: ſo wollen wir auf der andern Seite die Beſtimmung der Strafbarkeit oder Strafloſigkeit einer Handlung an ſich nicht einer regelloſen Willkühr des Richters überlaſſen haben, ſondern halten eine auf feſte Regeln geſtützte, wiſſenſchaftlich begründete Entſcheidung der einzelnen Fälle für ein um ſo mehr als unabweisbar anzuerkennendes Bedürfniß, als gerade über die Art und Weiſe, wie die Uebertragung der allgemeinen Grundanſicht über die Strafloſigkeit der Nothwehr und die Strafbarkeit des Exceſſes *auf die einzelnen* Fälle geſchehen ſoll, ſchon in *den ſparſamen Stellen* des römiſchen Rechtes ein merk-

liches Schwanken hervortritt [8]), in der neueren Zeit aber, wo man anfängt, mehr in die Caſuiſtik der Nothwehr einzugehen, ſich klar gezeigt hat, daß ſelbſt unter den wiſſenſchaftlich gebildeten Männern vom Fach die größte Verſchiedenheit der Anſichten beſteht, und die widerſprechendſten Urtheile gefällt werden, ſo wie es ſich um die Entſcheidung eines Falles in concreto handelt. Hierdurch iſt — wenn nicht das Vertrauen des Volkes in die Tüchtigkeit der Rechtspflege tief erſchüttert werden ſoll — die unabweisliche Forderung an die Geſetzgebung geſtellt, einzuſchreiten, — nicht um alle denkbaren Fälle im voraus einzeln aufzuzählen und zu entſcheiden, was eben ſo unnöthig als unmöglich wäre, ſondern um vernünftige und volksthümliche Grundſätze aufzuſtellen, welche den Richter bei der Beurtheilung der Beweisfrage im einzelnen Falle, reſp. bei der Abwägung des Verhältniſſes der concreten That zu der allgemeinen Idee der Selbſtvertheidigung leiten ſollen. Wird dies unterlaſſen, ſo bleibt nach wie vor der bedauerliche Mißſtand, daß derjenige, welcher das Unglück hatte, ſich der Nothwehr bedienen zu müſſen, Gefahr läuft, der einſeitigen Logik oder der verkehrteſten Conſequenzmacherei oder der falſchen Gefühls-Jurisprudenz eines verbildeten Richters zum Opfer zu fallen. Das Verweiſen auf den natürlichen geſunden Sinn des Richters mag zwar bei dem erſten Anblicke ſehr human ſcheinen, iſt aber in einer ſolchen wichtigen Sache, wie die Beurtheilung der Nothwehr, wo das Urtheil nur zwiſchen Schuld und Unſchuld, alſo nur zwiſchen den beiden äußerſten Gegenſätzen ſchwanken kann, eine Barbarei, und bewei-

8) Z. B. in Bezug auf die Tödtung des fur nocturnus. Vergl. Fr. 4. Dig. ad L. Aquil. IX. 2., worin über das Recht der *XII Tafeln* referirt wird, und Fr. 9. Dig. ad L. Cornel. de sic. XLVIII. 8. — H. A. Zachariä in dieſem Arch. 1841. *Stück 3.* Nr. XV. S. 430.

ſet, daß der Geſetzgeber mit ſich über die Prinzipien ſeiner Geſetzgebung nicht ins Reine gekommen iſt, und die Aufgabe, welche er ſelbſt zu löſen unfähig war, mit ſammt der Verantwortlichkeit auf fremde Schultern wälzen will, unbekümmert, ob durch die hierdurch ſanctionirte Willkühr der Gerichte, und ihre widerſprechenden Entſcheidungen, der Glaube an das Recht bei der Nation zerſtört wird oder nicht. Für eine neue Legislation hat das römiſche Recht in der von ihm höchſt ſtiefmütterlich behandelten Lehre von der Nothwehr offenbar ſo gut, wie gar keine Bedeutung. Das Prinzip, welches das römiſche Recht in dieſer Materie voranſtellt — die Identification des Begriffes der Nothwehr und der Selbſtvertheidigung — iſt an ſich maaßlos, und eben dadurch, ſo wie durch den Mangel vermittelnder Grundſätze zwiſchen dem Prinzip und der Beweisfrage in concreto, die ganze Lehre höchſt unbeſtimmt, und unſicher in ihrer Behandlung.

Eine weit größere Beſtimmtheit hatte dagegen von jeher der Begriff der Nothwehr im deutſchen Rechte. Dies iſt die Folge davon, daß dieſer Begriff von jeher im deutſchen Rechte viel enger gefaßt und ſchärfer begränzt war, als im römiſchen Rechte. Die Nothwehr identificirt ſich in den älteren Quellen des deutſchen Rechtes keineswegs ſo, wie wir ſo eben vom römiſchen Rechte bemerkt haben, mit dem Begriffe der Selbſtvertheidigung an ſich, ſondern ſie war ſtets, wenn auch nicht als ein abſoluter Gegenſatz derſelben entwickelt, doch immer ſcharf genug von derſelben geſchieden, um nicht mit derſelben zuſammengeworfen und verwechſelt zu werden. Es iſt, ſo viel mir bekannt, noch niemals dieſer Gegenſatz des deutſchen und des römiſchen Rechtes in der Lehre von der *Nothwehr mit genügender* Beſtimmtheit hervorgehoben

und nachgewieſen worden *). Auch kann einem aufmerkſamen Beobachter nicht entgehen, daß auffallender Weiſe im Criminalrechte überhaupt die hiſtoriſche Behandlung der einzelnen Lehren, welche auf die Quellen des einheimiſchen deutſchen Rechtes zurückgeht, kaum noch verſucht worden iſt, und ſelbſt diejenigen, welche einzelne Dogmen des Strafrechtes hiſtoriſch zu unterſuchen begannen, hier ſelten weiter, als auf die römiſchen Rechtsquellen und auf die Carolina oder auf die Schwarzenbergiſchen Rechtsbücher überhaupt zurückgegangen ſind. Während man in der Lehre von der Nothwehr mit ängſtlicher Genauigkeit alle Stellen aus dem Juſtinianeiſchen Corpus juris zuſammentrug, welche von der Nothwehr zu handeln ſchienen, und oft nur mit großem Zwange auf dieſelbe bezogen werden können, iſt den Anſichten, welche über dieſe Lehre in den Quellen des deutſchen Rechtes niedergelegt ſind, kaum noch einige Aufmerkſamkeit geſchenkt worden. Es wird daher wohl nicht als ein undankbares Unternehmen betrachtet werden dürfen, wenn hier der Verſuch gemacht wird, die einzelnen Aeußerungen der germaniſchen Rechtsbücher über die Nothwehr überſichtlich zuſammenzuſtellen, und dadurch den Blick in die nationale germaniſche Rechtsphiloſophie in einer Lehre zu eröffnen, hinſichtlich deren bei den vielfachen legislativen Beſtrebungen unſerer Zeit das Bedürfniß einer nationalen und doch philoſophiſchen Behandlung gebieteriſch hervorgetreten iſt.

Wie in dem Juſtinianeiſchen Corpus juris, ſo ſind es auch in den germaniſchen Rechtsbüchern nur einzelne zerſtreut hingeworfene Aeußerungen mit unmittelbarer praktiſcher Beziehung, aus welchen auf das Prinzip in der Lehre

*) Andeutungen finden ſich bereits in meiner Erläuterung des alten Bamberger Rechtes. Heidelberg 1839. S. 148 fg.

von der Nothwehr zurückgeſchloſſen werden muß. Wir werden die hieher gehörigen Stellen in der Reihenfolge betrachten, wie ſie durch die chronologiſche Entſtehung der Quellen und deren innere Verwandtſchaft ſich ſelbſt naturgemäß darbietet, und beginnen daher mit der Angabe des Inhaltes der Quellen der Merovingiſchen und Carolingiſchen Zeit.

Eine ziemlich ausführliche Beſtimmung über die criminaliſtiſche Behandlung der Nothwehr findet ſich in der Lex *Burgund.* Tit. II. art. 2., auf welche ſodann in Tit. XLVIII. art. 1. u. 2. Bezug genommen wird. Nach Tit. II. art. 1. dieſer Lex ſoll nämlich jede (abſichtliche) Tödtung eines freien Menſchen, ſo wie die eines Servus regis, wenn dieſer von Geburt ein Germane iſt, mit dem Tode (sanguinis effusione) beſtraft werden. An dieſe Vorſchrift reihet ſich aber ſogleich (art. 2.) als durch vernünftige Billigkeit (rationabili provisione) geboten, die Einſchränkung, daß, wenn Einer von dem Andern gewaltſam angegriffen, oder mit Schlägen mißhandelt, oder verwundet wird, und er den Angreifer in dem, vom Geſetze hier ſtets angenommenen, gereizten Gemüthszuſtande (dolore aut indignatione compulsus) tödtet, er zwar von der Todesſtrafe frei iſt, aber doch die Hälfte des Wehrgeldes des in der Nothwehr erſchlagenen Angreifers bezahlen muß. In dem Tit. XLVIII. art. 4. dieſes Rechtsbuches wird daſſelbe Prinzip auch auf die Verwundung übertragen, welche einer in der Nothwehr bei Vertheidigung ſeiner Sachen (ex necessitate, in rem suam violenter resistens) dem Angreifer zugefügt hat. Auch hier ſoll er die Wunde mit der Hälfte des ſonſtigen Strafgeldes büßen, jedoch ſind hier die Worte beigefügt: „si inlaesus abscesserit", *woraus geſchloſſen* werden darf, daß wenn der Angegriffene ebenfalls verwundet worden war, die Wunden

sich gegenseitig compensirten [10]). War der Benöthigte nicht verwundet, so scheint man also bei den Burgundern darin, daß er den Angreifer verwundete, so wie immer in dem Falle, wenn er ihn getödtet hatte (Tit. II. art. 2.), einen Exceß der Nothwehr angenommen zu haben, welcher aber durch die gefährliche Lage des Angegriffenen ein- für allemal theilweise entschuldigt war. Das Burgundische Rechtsbuch fordert überdies (Tit. II. art. 2.) ganz richtig, daß die Nothwehr von dem, welcher sich darauf beruft, bewiesen werde, und unterscheidet dabei sehr schön den Beweis, welcher sich aus den Umständen der That selbst (re ipsa) ergibt, von dem, welcher durch tüchtige Zeugen erbracht wird, und erklärt den einen für eben so statthaft als den andern. — Weniger ausführlich ist die Lex *Ripuariorum* Tit. LXXII. 79.) de homine forbattudo [11]). Hier wird der Dieb, welcher über der Ausführung des Diebstahls ergriffen wird, mit demjenigen, welchen man im unkeuschen Werke mit der Frau oder Tochter, oder einer andern Schutzbefohlenen (super uxorem, seu super filiam, vel his similibus) betrifft, zusammengestellt, und die Tödtung solcher Personen ist straflos, wenn der Dieb oder der stuprator sich nicht binden läßt, oder Widerstand leistet, welcher nicht anders überwunden werden kann, und der Thäter für die gehörige Notorietät und Constatirung der That sorgt — (coram testibus in quadrivio in clida, d. h. auf einer Weidenbahre, levare debet) — und dann vor Gericht schwört, daß er ihn wegen gewaltsamer Bedrohung seines Lebens (de

10) Ausdrücklich sagt dies von dem gleichen Falle das Bamberg. StadtRecht §. 33. 166.

11) Verwandt dem franz. Worte battre, schlagen, erschlagen. Die Zusammensetzung mit for drückt die Gewaltsamkeit der Handlung aus, wie unser „niederschlagen". [illegible]

vita forfactum [12]) getödtet habe. Die Nothwehr erſcheint hiernach ſchon ſehr beſtimmt, und deutlicher als in der L. Burg. charakteriſirt, und unter einen Gattungsbegriff von Handlungen gezogen, bei welchen der Geſichtspunkt der Strafbarkeit hinwegfällt, d. h. ſie erſcheint als ein Fall der ſtrafloſen Tödtung oder Verwundung eines Menſchen. Dieſe Auffaſſung der Nothwehr findet ſich noch deutlicher ausgeprägt in der L. *Frisionum* Tit. V. de hominibus, qui sine compositione occidi possunt. Hier werden wie in der L. Rip. aufgezählt als Perſonen, deren Tödtung ſtraflos iſt, der adulter und der Dieb, letzterer aber unter der Vorausſetzung, daß er in ein Gebäude durch Eingraben einzubrechen ſucht, und bei dieſem Beginnen ergriffen wird [13]); ferner werden aber noch hieher gerechnet der Brandſtifter, wenn er bereits die Fackel in der Hand hat, ſo daß die Flamme ſchon das Dach, oder die Wand des Hauſes berührt. Eben ſo ſind ſtraflos die Tödtung eines Tempelräubers (qui fanum effregerit) [14]), die Tödtung des Gegners im gerichtlichen Kampfe (campio), und die Tödtung eines Mannes in der Schlacht (prael[illegible]), und endlich ſogar, was wenigſtens hinſichtlich des Grundes der Strafloſigkeit mit allen vorbenannten Fällen gar keine Verwandtſchaft oder Zuſammenhang hat, die Tödtung eines neugebornen Kindes durch ſeine Mutter — offenbar ein Reſt alter heidniſcher Barbarei, worin ſich aber wieder, wie in ſo vielem Andern ein merkwürdiger

12) Forfacere, in den angelſächſ. Geſetzen foriſfacere, foriſfactum, verwandt dem franz. forfait, forfaire (forcer?), mißhandeln, überhaupt verbrechen.

13) Vielleicht, weil hier der Dieb immer (nämlich mit den Grab- und Brechwerkzeugen bewaffnet, und alſo ſtets Widerſtand gegen den Verſuch, ſich ſeiner zu bemächtigen, zu beſorgen iſt?

14) Derjenige, welcher den Frieden des Gotteshauſes bricht, wird alſo mit der That ſelbſt friedlos und rechtlos.

Anklang an das ältere römiſche Recht findet, nach welchem ebenfalls das Leben des neugebornen Kindes der Willkühr der Erzeuger, insbeſondere des Vaters Preis gegeben war. Dieſe Vorſtellung, „Nothwehr iſt eine ſtraſloſe Tödtung oder Verwundung", iſt es nun, welche durch alle germaniſchen mittelalterlichen Quellen hindurchläuft, und darum iſt von der Nothwehr überhaupt nur da die Rede, wo ein Menſch getödtet, oder doch wenigſtens verwundet worden iſt, und der Thäter ſich zu exculpiren ſucht. Beſonders beſchäftigen ſich die Leges Barbarorum aber mit der Feſtſetzung der Strafloſigkeit für denjenigen, welcher einen auf der That ergriffenen Dieb tödtet, und erlauben dieſe Tödtung bald mit, bald ohne Angabe der näheren Umſtände des Diebſtahls. So ſagt die Lex *Anglorum* et *Werinorum* Tit. VII. §. 4. ſchlechthin nur: „Homo in furto occisus non solvatur"; die Lex *Saxonum* Tit. IV. §. 4. dagegen ſchließt ſich in Beſchreibung des Falles, in welchem die Tödtung des Diebes ſtraflos iſt, an die Darſtellung der L. Fris. Tit. V. an, und erklärt die Tödtung des Diebes für ſtraflos, wenn er bei nächtlicher Weile (noctu) durch Graben oder Brechen (domum alterius effodiens vel effringens) in das Haus eingedrungen iſt. — Die Lex *Bajuvar.* Tit. III. cap. 5. erlaubt ebenfalls die Tödtung des fur nocturnus, jedoch wird hier ſchon die weitere Vorausſetzung beigefügt, daß der ergriffene Dieb die geſtohlenen Sachen bei ſich trage [15]). Das Decretum *Thassilonis* (Dingolfing. a. 772.) [16]) de popularibus legibus cap. 3. wiederholt

15) Daſſelbe ſagt noch der Schwab ensp. (Lassberg) c. 79. *IV. b.*

16) Bei Georgisch p. 328.

dieſe Beſtimmung der Lex Bajuvariorum, fügt aber ſodann, ſchon einen Schritt weitergehend, bei, daß dem beſtohlenen Eigenthümer auch erlaubt ſey, den mit den geſtohlenen Sachen fliehenden Dieb bei der Verfolgung ſowohl in als außerhalb des Hofraumes zu tödten [17]). Mit der Lex Bajuv. Tit. VIII. cap. 5. genau übereinſtimmend, und auch in der Wortfaſſung ähnlich ſpricht auch die Lex Wisigothorum L. VII. Tit. II. §. 16. die unbedingte Strafloſigkeit bei der Tödtung eines nächtlichen Diebes aus; in Bezug auf den Dieb, welcher bei Tage flieht, iſt aber in der L. Wisigoth. l. c. §. 15. der Grundſatz des Fr. 4. §. 1. Dig. ad L. Aquil. reſp. Gajus L. V. ad Edict. prov. aufgenommen, daß nur dann derſelbe ungeſtraft getödtet werden darf, wenn er ſich mit Waffen (gladio) vertheidigt. Da übrigens die eben angeführte Stelle des Gajus hinſichtlich der Tödtung des nächtlichen Diebes unter Berufung auf die XII Tafeln ebenfalls eine vollſtändige Strafloſigkeit anordnet, ſo muß dahin geſtellt bleiben, ob man in der Lex Wisigoth., welche unter allen deutſchen Rechtsquellen zuerſt eine und zwar nicht geringe Vermiſchung mit römiſchen Rechtsſätzen erkennen läßt, überhaupt in der Lehre von der Nothwehr dem ächten Ausdrucke einer germaniſchen Volksanſicht zu begegnen, annehmen darf, oder ob nicht mit größerem Rechte hinſichtlich der angeführten beiden Stellen (Lib. VII. tit. II. §. 15. und 16.) nur an die Copie des römiſchen Origi-

17) Die Unterſcheidung, welche in gleichem Falle (nach Grimm R. A. p. 628.) in dem altnordiſchen Rechte (Ostgotalag) gemacht wurde, und (nach Ewers p. 309.), im ruſſiſchen Rechte noch gemacht wird, je nachdem die Füße des erſchlagenen Diebes in oder außer der Hofſtatt zu liegen kommen, und wonach im *erſtern Falle* die Tödtung ſtraflos iſt, im *andern Falle gebüßt werden muß*, ſollte alſo dem Decr. Thass. *zufolge in Baiern nicht* gemacht werden.

nals zu denken ist [18]). Doch ist so viel nicht zu bezweifeln, daß wenn auch hier copirt worden seyn sollte, die Westgothen doch nur die alte römische Theorie der XII Tafeln, wie sie das Fr. 4. ad L. Aquil. enthält, und die mit der germanischen Ansicht von der Nothwehr recht gut harmonirt, aufgenommen haben, daß aber die modernere römische Juristentheorie, wie sie sich nach Ulpian in Fr. 9. Dig. ad L. Cornel. de sicar. findet, und wonach selbst die Tödtung des nächtlichen Diebes nicht mehr unbedingt für straflos geachtet wurde, absichtlich als der deutschen Volksansicht widersprechend, von den Redactoren der Lex Wisigoth. bei Seite gesetzt worden ist. — Eine kleine Modification, jedoch immer denselben Grundgedanken, zeigen die Leges Langobardorum. Das Edictum Rotharis c. 32. macht nämlich die Straflosigkeit der Tödtung eines Menschen, welchen man nächtlicher Weile in seinem Haus und Hof (curtis) antrifft, gar nicht davon abhängig, daß er ein Dieb ist, oder die gestohlene Sache bei sich trägt, sondern hier wird unbedingt erlaubt, den solchergestalt Betretenen umzubringen, wenn er nicht freiwillig seine Hände zum Binden darreicht, was an die ähnliche Bestimmung der L. Rip. Tit. LXXVII. (79.) erinnert. Als Grund dieser Tödtungsbefugniß werden in dem Edict. Rotharis l. c. die verdächtigen Umstände angegeben, welche in einem solchen nächtlichen Erscheinen in einem fremden Hause an sich liegen „quia non convenit rationi, ut liber

18) Dafür könnte auch angeführt werden, daß beide §§. die Ueberschrift „Antiqua" tragen, welche den aus dem römischen Recht entlehnten Stellen der L. Wisigoth. eigen ist. — Uebrigens findet sich eine den gedachten §§. 15. und 16. der L. Wisig. genau entsprechende Bestimmung und Unterscheidung in rein germanischer Darstellung auch in den vom römischen Rechte ganz reinen angelsächs. Gesetzen L. Aelfredi c. 25. bei Schmid p. 35.

homo noctis tempore in curte aliena silentio aut absconse ingrediatur, sed si quam utilitatem habet, antequam intret, *clamet*" [19]). Im Uebrigen ſieht man aus den einzelnen abgeriſſenen Andeutungen, daß die Langobarden die Nothwehr als entſchuldigte Tödtung von der unerlaubten Selbſthülfe, d. h. von einem Angriffe zur Rache einer erlittenen Unbilde (pro injuria sua vindicanda) recht wohl zu unterſcheiden wußten (Edict. Roth. cap. 19.), und ſehr merkwürdig iſt die Beſtimmung (Edict. Roth. cap. 13.), daß derjenige, welcher ſeinem lebensgefährlich angegriffenen Herrn auf deſſen Aufforderung bei der Nothwehr nicht zu Hülfe geeilt war, eine Buße von 50 Sol. bezahlen mußte [20]). Sehr bemerkenswerth iſt auch die in dem Edictum Rotharis (cap. XXXIV. Addit. 2. Herold) [21]) hingeworfene, noch von dem lebendigen Gefühle einer großen Wehrhaftigkeit in der Nation zeugende Aeußerung, daß eine Frau keine gewaltſame Heimſuchung (curtis ruptura) oder Wegelagerung (ueguorf) begehen könne, da es eine alberne Meinung (absurdum) ſey, daß eine Weibsperſon wie ein Mann mit Waffen eine Vergewaltigung ausführen könne. Danach hat alſo das Langobardiſche Recht die „Berühmung der Nothwehr gegen ein Weibsbild" geradezu für einen Unſinn erklärt [22]). Eine ſpezielle Be-

19) Aus den angelſächſiſchen Geſetzen wird nachher eine ähnliche Stelle angeführt werden.

20) Eine ähnliche Beſtimmung findet ſich in den Lütticher Criminalſtatuten a. 1328, bei Warnkönig, Lütticher Gewohnheitsrecht, Freiburg 1838. pag. 72. cap. 10. Wer einen Uebelthäter, der die Waffen gezogen hat, bei entſtehendem Tumult nicht ergreifen hilft, wo er kann, muß 10 Sol. Strafe geben.

21) Bei Georgisch p. 953.

22) Sollte wirklich dieſe Stelle dem Verfaſſer der Carolina vorgeſchwebt haben, da dieſe art. 144. dieſelbe Frage, und nicht ohne Weitſchweifigkeit behandelt, jedoch in entgegengeſetztem Sinne entſcheidet?

Bestimmung über die Nothwehr findet sich in den Langobardischen Gesetzen aber erst in Legg. Luitbrandi Lib. IV. cap. 2. und Lib. VI. cap. 9.), welche letztere Stelle ausdrücklich auf die erstere verweiset. Nach diesen Stellen wird die Tödtung eines Menschen, wenn keine Entschuldigung Platz greift, von nun an mit dem Verluste seines ganzen Vermögens bestraft; wenn aber die Tödtung in der Nothwehr (se defendendo) geschah, so soll es bei der Bezahlung jener Compositio sein Bewenden behalten, welche nach dem älteren Rechte (und auch nach dem Edictum Rotharis) für die Tödtung eines Menschen überhaupt, nach seinem Stande, festgesetzt war. Es ist also hiernach die Tödtung aus Nothwehr keineswegs ganz straflos, sondern es tritt hier auf eine ähnliche Weise eine mildere Art der Buße ein, wie dies auch in der bereits erwähnten L. Burgund. angeordnet ist.

Von den Capitularien der fränkischen Könige bezieht sich vornehmlich eines auf die Nothwehr, welches Ludwig dem Frommen zugeschrieben wird, und sich mehrfach in Auszügen z. B. in Capit. Lib. IV. cap. 13. de honore ecclesiarum, in den Legg. Langobard. Ludov. Pii cap. IX. etc., am richtigsten und besten aber in den Legg. Langob. Lotharii I. cap. 57. erhalten hat. Derjenige, der wegen einer unbedeutenden Ursache, oder ohne Ursache, einen Menschen in der Kirche tödtet, soll mit dem Leben gestraft werden. Hat der Streit aber außerhalb der Kirche begonnen, und ist Einer in die Kirche geflohen, und tödtet nun den Verfolger dort selbst in der Nothwehr (se defendendo), so wird er zwar nicht an dem Leben gestraft, muß aber, wenn er zu dem Streite Veranlassung gegeben, das Wehrgeld des Getödteten und den Königsbann zahlen, und öffentliche Kirchenbuße thun. War aber der Getödtete der Urheber des Streites gewesen, so trifft den Thä-

ter nur die Kirchenbuße allein. — Noch eine andere Conſtitution Ludwig's des Frommen, welche ſich in ſeinen Legg. Langob. cap. 21. findet, verpflichtet denjenigen, welcher einen Menſchen „ex *aliqua* necessitate" d. h. überhaupt in einem Nothſtande getödtet hat, das Wehrgeld des Erſchlagenen zu bezahlen. In einer dritten Conſtitution dagegen, welche ſich in Capit. Lib. VII. cap. 99. findet, wird ausdrücklich geſagt, daß die Tödtung eines Räubers, Landzwingers oder nächtlich einbrechenden Diebes völlig ſtraflos ſey.

In den älteren angelſächſiſchen Geſetzen wird die Nothwehr nicht ſpeziell erwähnt; doch tritt auch hier in den wenigen Andeutungen, welche ſich auf ſie beziehen laſſen, die germaniſche Anſicht, daß die Nothwehr eine entſchuldigte Tödtung oder Verwundung ſey, deutlich genug hervor. So findet ſich in Wihträd's Geſetzen cap. 30. (Ausgabe v. Schmid, p. 13.) eine Beſtimmung, welche ſehr an das oben angeführte cap. 32. Edict. Rotharis anklingt. Wenn nämlich ein Fremder außer Weges geht, und weder ruft, noch das Horn bläſt, ſo ſoll er als Dieb angeſehen und getödtet, oder ausgelöſt werden. Aus Ine's Geſetzen cap. 16. u. 21. (Schmidt, p. 17. 18.) ergibt ſich deutlich, daß der in flagranti ergriffene Dieb getödtet werden durfte; denn der Thäter iſt ſtraffrei, ſo wie er ſchwört, daß er denſelben „synninge", d. h. ſündigend, über der verbrecheriſchen Ergreifung ſelbſt erſchlug. Gerade ſo, wie in dem Decretum Thassilonis wird auch in Ine's Geſetzen c. 35. (Schmid, p. 21.) die Tödtung des auf der Flucht ergriffenen Diebes erlaubt. In den Geſetzen Aethelſtan's cap. 1. §. 2. (Schmid, p. 70.) wird ſogar ausdrücklich befohlen, den Dieb, welcher ſich wehren will, oder *entflieht* — (gif he hine thonne *werian wille odde odfleo*) nicht zu ſchonen. In den

Geſetzen Aelfred's c. 25. (Schmid, p. 35.) wird dagegen, wie in der L. Wisigoth., die Tödtung des Diebes, welcher zur Nachtzeit in das Haus einbrach, für unbedingt ſtraflos erklärt; wenn man aber den Dieb nach Sonnenaufgang tödtet, ſo iſt dies ein Todtſchlag (manslege), außer wenn es aus Noth geſchah. Gerade ſo wie in der L. Fris. wird in Aelfred's Geſetzen cap. 39. (Schmid, p. 53.) ferner als eine ſtrafloſe Tödtung erwähnt, wenn Einer einen Anderen bei ſeinem ehelichen Weibe antrifft, bei verſchloſſenen Thüren, oder unter einer Decke, oder (auf gleiche Weiſe) bei ſeiner ehelich gebornen Tochter oder Schweſter oder Mutter. Auf dieſe ſtrafloſen Tödtungen beziehen ſich ſodann auch die Worte in den Legg. Henrici I. von England cap. 69. (Schmid, p. 225.), „si quis Anglicus sine merito suo occidatur". Ueberhaupt gehören dieſe Geſetze Heinrich's I. (a. 1090 — 1135) zu dem Vollſtändigſten, was das germaniſche Alterthum über die Nothwehr aufbewahrt hat. Nach cap. 80. §. 8. dieſer Geſetze (Schmid, p. 262.), hat der beſondere Friede, welcher über die Paläſte und Höfe des Königs nach §. 7. ibid. ausgeſprochen iſt, die beſondere Wirkung, daß ſelbſt die Tödtung aus Nothwehr — legitima coactio — nicht ganz von aller Strafe entſchuldigt; ſondern der Thäter muß hier durch Zeugen oder Gottesurtheil beweiſen, daß er zu ſeiner Vertheidigung den Gegner tödten mußte, um nur zur Bezahlung einer Buße (emenda) zugelaſſen, und nicht am Leibe geſtraft zu werden. Beſonders ausführlich iſt Legg. Henrici I. cap. 83. (Schmid, p. 264. 265.). Hier wird vorerſt eine allgemeine Erlaubniß gegeben, ſich der Nothwehr zu bedienen, und zwar gegen jeden Angreifer (quis assailiat), mit Ausnahme des Herrn „quem tolerandum, non occidendum ingiter ac salubriter frequentamus ad-

vertendum"[23]). Es wird eingeſchärft, daß der Angreifer nicht mehr getödtet oder gemißhandelt werden darf, ſo wie er ſich ergibt, und um Frieden und Gnade, wenn auch nothgedrungen (invitus) bittet, bei Vermeidung der geſetzlichen Bußen des Exceſſes. Auch darf derjenige, welcher in der Nothwehr geſtanden und den Angreifer „in vindictam, se defendendo" getödtet hat, ſich durchaus nichts von den Waffen, Kleidern, Geld und ſonſtiger Habe des Getödteten beilegen, ſondern er ſoll die Leiche nach der Volksſitte ordentlich zurechtlegen, auf einem Schilde, wenn er ihn hat, das Haupt nach Oſten, die Füße nach Weſten gekehrt; er ſoll ſeine Lanze dabei in den Boden ſtoßen und die Waffen daran aufrichten, und ſein Pferd daran binden, und ſich gleich zu dem nächſten Orte begeben, und Leute herbeirufen, welche einen Augenſchein (socnam, Suche, Unterſuchung) einnehmen, und ſoll jedem Begegnenden den Vorfall erzählen, um ſich den Beweis ſeiner Nothwehr gegen die Bluträcher des Getödteten zu ſichern. Sehr merkwürdig iſt am Schluſſe dieſer Stelle die Beſtimmung, daß, wenn bei einem plötzlich entſtandenen Wortwechſel Einer ſein Schwerdt aus der Scheide reißt, der Andere mit ſeiner Gegenwehr nicht zu warten braucht, bis er geſchlagen worden iſt „(non est expectandum et iam ut percutiat)" — Worte, welche unwillkührlich an die Schlußworte des art. 140. der Carolina erinnern. Endlich iſt auch wiederholt[24]) beſtimmt, was die Legg. Langobardorum ſogar für Pflicht erklärt hatten, daß der in keine Buße verfällt, welcher ſeinem in der Nothwehr befindlichen Herrn beiſpringt.

---

23) Vergl. Legg. Aelfredi cap. 38. §. 6. bei Schmid, p. 58.

24) Vergl. Legg. Henrici I. cap. 82. §. 3.; cap. 88. §. 10. Schmid, p. 264.

Dieſelbe ſpezielle Auffaſſung der Nothwehr als entſchuldigte Tödtung oder Verwundung, wie ſie den ſämmtlichen Legibus Barbarorum und den fränkiſchen Capitularien eigenthümlich iſt, findet ſich aber auch eben ſo und unverändert in den Rechtsbüchern des XII. und XIII. Jahrhunderts. Die isländiſche *Grágás* P. II. Sect. VIII. a. cap. 5. Abſ. 3. [25]) beſtimmet die Schuld oder Strafloſigkeit darnach, wer den erſten Angriff gemacht hat: dieſer Begriff wird aber in cap. 8. näher dahin beſtimmt, daß darunter die erſte bedrohende und provocirende Handlung zu verſtehen iſt, durch welche der Gegner in die Nothwendigkeit kam, ſich zu vertheidigen, ſo daß es ſodann gleichgültig iſt, ob er dieſer Vertheidigung wegen zuerſt zuſchlug [26]) — unverkennbar dieſelbe Idee, wie wir ſie eben in den Legg. Henrici I. cap. 83. gefunden haben. Ueberdies wird cap. V. Abſ. 2. in der Grágás allgemein erlaubt, denjenigen anzugreifen, welcher vorher durch ein Verbrechen den Anſpruch auf die Achtung ſeines Lebens (securitatem suam vitalem) verwirkt hat. Beſonders wird ſodann cap. XXXI. als eine erlaubte Tödtung die des Stuprators ausgezeichnet, welcher über dem unkeuſchen Werke betroffen wird. Jedoch ſind hier, wie in dem oben erwähnten Geſetze Aelfred's cap. 39. nur gewiſſe — hier ſechs [27]) — Frauen benannt, deren Entehrung gewiſſe, mit denſelben in naher Verbindung ſtehende Perſonen be-

25) Nach Schlegel's Ueberſetzung: „Qui porro *primi* eodem animo (sc. ut laesiones aliis inferant) viam ineunt eo, ubi congrediantur cum adversariis, immunitate a laesionibus destituti sint, adversarii *serius* exeuntes, primi quamvis adoriantur.

26) „Aggressionis crimine caterva insimulatur, unde *primum* incurrebatur."

27) Nämlich, die Ehefrau, Mutter, Tochter und Schweſter, die Pflegetochter und Pflegemutter.

rechtiget, den Nothzüchter oder Stuprator zu tödten. Jedoch iſt die Tödtung eines ſolchen Uebelthäters nach der Grágás l. c. nur dann unbedingt ſtraflos, wenn das Stuprum vollendet iſt, und die Tödtung am Orte der That geſchah. Letztere Vorausſetzung darf überhaupt nie fehlen, wenn der Todtſchläger auf Strafloſigkeit Anſpruch macht. Ob aber die Tödtung desjenigen ſtraflos iſt, welcher die Nothzucht oder das Stuprum noch nicht vollendet hatte, hängt von den Umſtänden des Falles ab, worüber die nächſten Anwohner ſich vergewiſſern ſollen, um ſodann bei der gerichtlichen Verhandlung darüber Zeugniß zu geben, wie dies auch in den Legg. Henrici I. c. 83. vorgeſchrieben iſt. Merkwürdig iſt, daß was die Zeit anbelangt, in welcher der Rächer die Tödtung ungeſtraft vornehmen darf, dieſe in dem Falle, daß die Nothzucht vollendet war, bis zur nächſten allgemeinen Gerichtsverſammlung erſtreckt iſt. Ausdrücklich iſt auch allen denjenigen, welche dem Rächer bei der Ausführung ſeiner geſetzlichen Rache Beiſtand leiſten, gleiche Strafloſigkeit wie dieſem ſelbſt zugeſichert.

Ein anderes intereſſantes Beiſpiel der Beurtheilungsweiſe der Nothwehr in den Gerichten des Mittelalters bieten uns ſodann die Assisses de Jerusalem (assisses de la basse cour cap. 258.)[28]) dar. Auch hier wird das Prinzip, wie in der Grágás aufgeſtellt: „Litis initiatae jactura in eum redundare debet, qui litis vel injuriarum auctor fuit et initium", ſo daß ſich alſo auch die ganze Beweisfrage nur um den einen Punkt bewegt, wer den erſten Angriff gemacht habe. Als gleichgültig erſcheint hierbei, ob der Angreifer die Abſicht hatte zu ſchlagen oder zu tödten (por batre ou por

28) Ausgabe von Kausler. Stuttgart 1840. Vol. II. p. 512. 513.

ocirre). Die Nothwehr erſcheint auch hier lediglich wieder als Tödtung oder Verwundung des Angreifers [25]); jedoch zeigt das Verfahren, je nachdem die eine oder die andere Folge der kräftigen Vertheidigung eingetreten iſt, einige Verſchiedenheiten. War nämlich nur eine Verwundung erfolgt, ſo behauptet der Thäter mit zwei Zeugen (garans) unbedingt gegen den klagenden Verletzten ſeine Nothwehr und Strafloſigkeit: war aber Tödtung eingetreten, ſo können die klagenden Verwandten des Getödteten zwar nicht gegen den angeſchuldigten Thäter die Klage des Mordes durchſetzen, wenn dieſer zwei Zeugen für ſeinen Exceptionalbeweis der Nothwehr gebracht hat, aber ſie können einen von dieſen Zeugen herausnehmen, und zum gerichtlichen Zweikampf (bataille) fordern [30]), und wer hier von den Kämpfern unterliegt, wird ſofort von Rechts wegen mit dem Strange zum Tode gerichtet [31]). Hatte aber der Getödtete ſelbſt noch vor ſeinem Tode erweislich eingeſtanden, daß er der Angreifer geweſen [32]), ſo fällt die Befugniß der Verwandten, einen der Garanten zum Kampfe zu fordern, hinweg.

Wir kehren nunmehr zu den deutſchen Rechtsquellen im engeren Sinne, d. h. zu denen zurück, welche nicht

---

29) „et il avient, que celui c'on assaut, se deffent si bien, qu'il ocit celuy, ou mahaigne, ou bien le bate, ou le nafre à mort, etc."

30) Faſt buchſtäblich übereinſtimmend erlaubt auch das Freiburger Stadtrecht von 1120. cap. 44. demjenigen, welcher durch zwei Zeugen der Verwundung eines Menſchen überwieſen werden ſoll, den einen der Zeugen zum Kampfe zu fordern. Der Grund ſcheint darin zu liegen, daß, wenn er den einen Zeugen beſiegt, der andere allein keinen (vollen) Beweis mehr macht.

31) Eine gleiche Beſtimmung im Schwabenſpiegel wird nachher erwähnt werden.

32) Der Text I. bei Kausler iſt gegen das Ende von cap. 258. corrumpirt; der Sinn ergibt ſich jedoch klar aus dem daſelbſt befindlichen Text II.

blos germaniſches Recht enthalten, ſondern auch auf deutſcher Erde ſelbſt entſtanden ſind. Auch hier begegnen wir im XII. XIII. und XIV. Jahrhundert denſelben Grundanſichten über das Weſen der Nothwehr, wie wir ſie aus den älteren Rechtsbüchern nachgewieſen haben. So erſcheint in dem erſten Landfrieden Friedrich's I. v. J. 1156. §. 1. und 2. [33]) die Tödtung oder Verwundung eines Menſchen als enſchuldigt, und der Thäter wird von der Todesſtrafe und reſp. dem Abhauen der Hand losgezählt, wenn er zur Rettung ſeines Lebens (vitam suam defendendo, necessario) die Tödtung oder Verwundung gethan hat; doch muß er die Nothwehr durch ein Kampfordale erweiſen. Auch wird ebendaſelbſt §. 13. dem reiſenden Kaufmanne der Gebrauch der Waffen gegen Räuber unbedingt geſtattet. — Mit größerer Ausführlichkeit iſt die Lehre von der Nothwehr (Notwerunge) aber ſchon in dem Sachſenſpiegel [34]) dargeſtellt. Hier tritt ſchon ganz klar das Prinzip hervor, welches der Anſicht aller germaniſchen Rechtsbücher, wonach die Nothwehr als entſchuldigte Tödtung oder Verwundung aufgefaßt wird, zu Grunde liegt. Dieſes Prinzip iſt die Auffaſſung der Nothwehr aus dem Geſichtspunkte eines Nothſtandes, in welchem der Thäter durch den rechtswidrigen Angriff eines Andern verſetzt iſt. Die Nothwehr bildet ſomit nach dem Sachſenſpiegel nicht ſowohl einen Gegenſatz des Nothſtandes, als welchen man ſie

33) Pertz Monum. Germ. Tom. Legg. II. p. 101 u. fg.

34) Die folgenden Verweiſungen ſind ſämmtlich nach der 2ten Ausgabe des Sachſenſpiegels von Homeyer. — Von den auf der Grundlage des Sachſenſpiegels erwachſenen Rechtsbüchern handelt von der Nothwehr am weitläufigſten das Rechtsbuch nach Distinctionen, nach der Ausgabe von Ortloff 1836. Lib. IV. cap. I. dist. 2.; cap. IV. dist. 3.; cap. V. dist. 2. 6. 7.; cap. VI. dist. 1. 2. —. Ein neuer Geſichtspunkt wird aber hierdurch nicht eröffnet.

in der neueren Zeit darzustellen gewohnt ist, sondern sie ist vielmehr in der mittelalterlichen Rechtsanschauung nur ein Fall, aber ein Hauptfall des Handelns in einem Nothstande. Dieser durch den rechtswidrigen Angriff des Gegners herbeigeführte Nothstand, welcher den Angegriffenen zur Nothwehr, d. h. zur Tödtung oder Verwundung [35]) des Angreifers berechtigt, heißet in dem Sachsenspiegel schlechthin „Not" und darauf gehen die Ausdrücke „Not an einem thun (Sachsensp. I. 63. §. 1.), d. h. jemand durch einen unerlaubten Angriff in den Nothstand versetzen; — eben so „zu doden schlagen durch not" (ibid.) II. 14.); — ferner „die not auf einen mit rechte vollbringen" (ibid. III. 78. §. 6.), d. h. durch seinen Eid (Recht) beweisen, daß der Gegner den Nothstand durch seinen Angriff hervorgerufen habe; — ganz dasselbe bezeichnet auch „die not auf den toden bereden (ibid. III. 84. §. 3.; vergl. II. 2. §. 2. a. E.). — In Gemäßheit dieser Grundansicht, daß die Nothwehr eine Tödtung oder Verwundung in einem Nothstande sey, spricht der Sachsenspiegel auch von Nothwehr gegen Thiere (II. 62. §. 2.; III. 48. §. 2. und 4.) und bezeichnet (III. 48. §. 1.) den Gegensatz des Handelns außer und in dem Nothstande durch „doden oder belemen *dankes* [36]) oder *ane dank*" [37]). Die einzelnen Verhältnisse der Nothwehr, welche der Sachsenspiegel hervorhebt, sind folgende:

---

35) Andere geringere Handlungen zieht auch der Sachsenspiegel nicht unter den Gesichtspunkt der Nothwehr. Vergl. auch den Richtsteig Landrechts, bei Senkenberg, C. J. G. I. Bd. cap. 48.

36) d. h. ex proposito, sc. lascivia. Vergl. Sachsensp. III. [illegible] §. 3. a. E. — Dasselbe soll wohl in dem Frankfurter [illegible] a. 1297. §. 8., bei Thomas, der Oberhof zu [illegible] M. „vulnerare animo *deliberato*" ausdrücken.

[illegible] *dankes.*" Vergl. Sachsensp. III. 48. §. 2.; [illegible] art. Note e. — Die gewöhnliche Lesart die-

1) Die Verwundung oder Tödtung des Herrn (Lehenherrn) durch ſeinen Mann, und umgekehrt die des Lehensmannes durch ſeinen Herrn aus Nothwehr, iſt nicht als Treubruch (Felonie) zu betrachten (Sachsensp. III. 78. §. 6.) [38]).

2) Die Tödtung eines Verwandten, ſogar des Vaters oder Bruders aus Nothwehr, iſt kein Grund, den Thäter als unwürdig von der Erbſchaft des Getödteten auszuſchließen. (Sachsensp. III. 84. §. 3.) [39]).

3) Die wichtigſte Stelle, in welcher von der Nothwehr ex professo gehandelt wird, iſt Sachſenſpiegel II. 14. [40]). Man ſieht hieraus deutlich, daß die Nothwehr eine Lebensgefahr („sines lives angeste") [41]) vorausſetzte. Sodann werden hier mehrere Fälle unterſchieden, welche auf die prozeſſualiſche Behandlung und endliche Entſcheidung des Falles von Einfluß ſind. Der erſte Fall iſt der, wenn derjenige, welcher in der Nothwehr geſtanden, den Todten ſelbſt mit vor Gericht bringt. In dieſem Falle klagt er ſelbſt noch gegen den Todten wegen des lebensgefährlichen Angriffes, und fordert, daß man darüber richte. Der Sachſenſpiegel ſpricht ſich über die Entſcheidung dieſes Falles ſelbſt

---

ſer Stelle „dankes und ane not" iſt unrichtig, wie nachher gezeigt werden wird.

38) Dieſelbe Entſcheidung findet ſich auch in dem Schwabenſpiegel (Ausgabe von Lassberg) cap. 151. c. — Vergl. oben die abweichende Beſtimmung der angelſächſ. Geſetze Heinrich's I. cap. 83.

39) Vergl. die Geſetze Aelfred's cap. 38. §. 6. bei Schmid, p. 53. — Der Schwabenſpiegel hat keinen correſpondirenden Artikel.

40) Dieſer Artikel iſt in den Schwabenſpiegel nicht übergegangen, und dem Sachſenſpiegel ausſchließlich eigen.

41) *Aengſten, Bedrängung*, ſo viel wie „not", welches Wort *ſich auch anſtatt angeste* in Handſchriften findet.

nicht aus: allein aus den nachfolgenden Gegensätzen erhellet von selbst, daß in diesem Falle, wo der Thäter durch sein Verbleiben bei dem Todten jeden, auch nur von ferne auftauchenden Verdacht einer rechtswidrigen Tödtung von vorn herein zerstört hat, die volle Freisprechung des Thäters erfolgen, und ihm unbedingt Friede gewirkt werden mußte [42]). Hatte aber der Thäter nicht gewagt, bei dem Todten zu bleiben und ihn selbst vor Gericht zu bringen, sondern stellt er sich nur allein vor Gericht, ohne den Todten, jedoch bevor Jemand auf ihn als Todtschläger geklagt hat, und erbietet er sich zum Rechte, d. h. zur eidlichen Betheuerung seiner Nothwehr [43]), so darf man ihn wegen der Tödtung nicht zum Tode verurtheilen (ihm seinen hals nicht darum vertheilen, ihm nicht an seinen hals sprechen); aber er muß hier dem Richter seine „höchste wedde" (d. h. den Königsbann, und den Verwandten (Magen) das Wehrgeld des Erschlagenen bezahlen [44]). Die Magen werden dreimal aufgefordert, das Wehrgeld in Empfang zu nehmen, und darin liegt zugleich eine Aufforderung, der behaupteten Nothwehr zu widersprechen, und die Sache zu einem Kampfordale zu ziehen, wenn sie die behauptete Nothwehr in Abrede stellen wollen. Thun die Magen dieses auf die dreimalige Aufforderung nicht, so wird dem Thäter ein- für allemal Friede gewirkt, ohne Rücksicht, ob die Magen das Wehrgeld in Empfang genommen haben

42) Der Schwabenspiegel (Lassberg) cap. 79. IV. 6. läßt sogar die Leiche des vor Gericht gebrachten, in der Nothwehr erschlagenen Räubers, wenn der Raub erwiesen ist, enthaupten.

43) Diesen Eid darf unter der angegebenen Voraussetzung der Thäter allein leisten.

44) *Ich erinnere hier an die oben angeführte ähnliche Bestimmung der Burgundischen und Langobardischen Gesetze (Leges Luitprand.).*

oder nicht. Es äußert ſich alſo in dem Sachſenſpiegel gerade ſo, wie in den angelſächſiſchen Geſetzen Heinrich's I. der Einfluß des freiwilligen Erſcheinens vor Gericht vortheilhaft für den Thäter. Der dritte Fall iſt nun der, wenn der Todte früher vor Gericht gebracht und Klage um ſeinen Tod erhoben wird, ehe der Thäter ſich geſtellt hat. In dieſem Falle geht die Klage dem Thäter an den Hals, d. h. der Kläger trägt gegen ihn auf die Strafe des Mordes an, und er muß ſich nun gegen dieſe Anklage eines Capitalverbrechens vertheidigen. Dieſe Vertheidigung kann zwar auch noch durch die Nothwehr geſchehen, und ſomit iſt dieſe Einrede für den Thäter noch nicht unbedingt verloren: aber wenn ſich in dieſem Falle der Thäter „auf die not zieht, und den doden beredet", ſo darf er nicht mehr, wie im vorigen Falle, den Beweis der Nothwehr durch ſeinen Eid allein führen, ſondern nun muß er die Nothwehr auf den Todten beſiebnen, d. h. er ſelbſt mit ſechs Eideshelfern beſchwören, daß er gegen den Todten in der Nothwehr geſtanden, oder er muß ſich zum Kampfe erbieten, und überdies kann ihm jeder Mag des Entleibten das Beſiebnen dadurch verwehren, daß er den Thäter zum Kampfe fordert [45]). Kommt es zu dem Kampfordale, und unterliegt der Thäter in dieſem Kampfe, ſo wird er als Todtſchläger gerichtet, d. h. mit dem Tode beſtraft; (Sachsensp. I. 63. §. 4. verglichen mit I. 69.) [46]); ſiegt er,

45) Sachsenspiegel II. 14. §. 2. a. E. verglichen mit I. 64. — Der Siebener-Eid (jurare cum septima manu) wird in letzterer Stelle ausgedrückt durch: „den doden mit seven manne tüge verwinnen." — Vergl. auch das Rechtsbuch nach Distinctionen, Lib. IV. cap. V. dist. 7.; cap. VI. dist. 1.

46) Der Grund iſt, weil der Thäter nunmehr kraft des für *ihn unglücklichen Ausganges* des Gottesurtheils als erwieſener *falſcher Ankläger* des Todten erſcheint. (Sachsensp. I. 69.)

so muß er, gerade so wie in dem Falle, wo er sich freiwillig vor erhobener Klage vor Gericht gestellt und seine Nothwehr durch seinen eigenen Eid erzeugt hat, Wehrgeld und Gewette bezahlen und ist dann von weiterer criminneller Verfolgung frei. (Sachsensp. I. 63. §. 4.). — Nach dem Sachsenspiegel würde also der Verwandte des Entleibten, welcher die von dem Thäter behauptete Nothwehr bestritt, und dadurch das Kampfordale veranlaßte, nicht hingerichtet, wenn er unterlag, denn die von dem Thäter zugestandene Tödtung war ein genügender Grund, um ihn ein- für allemal vor dem Vorwurfe einer falschen Anklage, und somit vor dem Schicksale zu schützen, welches nach dem Sachsenspiegel I. 69. demjenigen bevorstand, welcher durch den Ausgang des Gottesurtheils als wissentlich falscher Ankläger überwiesen schien.

4) Der Sachsenspiegel sagt nicht, daß derjenige, welcher sich gegen einen Entleibten auf die Nothwehr bezieht, eine Wunde weisen wüsse, die er von dem Getödteten zuerst erhalten. Nur dann ist nach dem Sachsenspiegel I. 63. §. 1. [47]) nothwendig, daß man eine Wunde oder deren Narbe weist, wenn der Benöthigte selbst, als Kläger wegen einer an ihm verübten Noth, aus welcher er mit dem Leben entkommen ist, gegen den Benöthiger auftreten und ihn zum gerichtlichen Kampfe fordern will.

5) Gerade so wie der Sachsenspiegel II. 14. die Nothwehr zur Rettung von Leib und Leben erlaubt, so wird auch I. 64 [48]) derjenige von der criminellen Strafe des Todtschlags entschuldigt, welcher beweist, daß er den

47) Der Aufsatz vom gerichtlichen Kampfe, woraus diese Stelle gezogen ist, findet sich auch, theilweise richtiger, theilweise ungenauer im Schwabensp. (Lassberg) cap. 79. II.

48) Diese Stelle findet sich auch etwas paraphrasirt im Schwabensp. (Lassberg) cap. 79. IV. b.

Entleibten im Diebſtahl oder Raub oder in einer andern Friedensbruchſache erſchlagen habe. Das Verfahren iſt daſſelbe, wie es hier unter nr. 3. bei der Nothwehr erörtert worden iſt.

6) Was endlich die Nothwehr gegen Thiere anbelangt, ſo unterſcheidet der Sachſenſpiegel zweierlei Verhältniſſe. Wird nämlich aus Noth („dat he ime anderes nit gesturen ne kunde") ein Hund, oder ein reißendes Thier, wie ein Bär u. ſ. w. getödtet, ſo zahlt der Thäter hierfür keinerlei Entſchädigung oder Strafe; hier ſcheint nämlich immer den Eigenthümer der Vorwurf zu treffen, daß er dieſes Thier nicht beſſer verwahrte (Sachsensp. II. 62. §. 2. III. 48. §. 4.). — Tödtet oder lähmet aber ein Mann in oder außer der Nothwehr ein Heerden-Vieh, alſo ein ſolches, wo das Verletzen eines Menſchen gleichſam außer der natura generis zu liegen, oder doch die Bewältigung ohne Verletzung einem Menſchen in der Regel möglich zu ſeyn ſcheint, ſo muß ſtets eine Entſchädigung (nach Umſtänden das ganze oder halbe Wehrgeld des Thieres) und mitunter noch obendrein eine Buße gegeben werden, je nachdem nämlich das getödtete Vieh noch gegeſſen werden kann, oder nicht [49].

Manche Eigenthümlichkeit und Abweichung von der Theorie des Sachſenſpiegels zeigt der Schwabenſpiegel, worauf wir um ſo mehr aufmerkſam machen wollen, als gerade die beſſere Einſicht in die Gegenſätze der beiden Spiegel in den einzelnen Rechtslehren, zu einer richtigeren

49) Sachſenſp. III. 48. §. 1. u. 2. — In §. 2. muß aber anſtatt der gewöhnlichen Lesart „dankes ane *not.*" mit dem bei Homeyer erwähnten Kölner Druck gerade ſo, wie in §. 1. „dankes oder undankes" geleſen werden. Denn in dieſen beiden §§. ſoll nicht der Unterſchied des ſtrafbaren und des ſtrafloſen Handelns, ſondern nur der Unterſchied hervorgehoben werden, ob das — gleichviel, aus welcher Veranlaſſung — getödtete Vieh genießbar iſt, oder nicht.

Beurtheilung des Verhältnisses dieser beiden Bücher selbst hinführen, und insbesondere zur Widerlegung der vielverbreiteten Ansicht führen muß, als wenn der Schwabenspiegel nichts als eine süddeutsche Recension des Sachsenspiegels wäre. Schon dies, daß der Hauptartikel des Sachsenspiegels (II. 14.) in dem Schwabenspiegel fehlt, darf als ein Beweis gelten, daß derselbe in der Lehre von der Nothwehr seine Selbstständigkeit behauptet. Auch sind die Abweichungen des Schwabenspiegels vom Sachsenspiegel in dieser Lehre wirklich sehr charakteristisch, und für die dogmengeschichtliche Entwickelung derselben, welche sich hauptsächlich der Theorie des Schwabenspiegels anschließt, von besonderer Bedeutung. Wir heben hier besonders folgende Punkte hervor.

I. So wie der Sachsenspiegel in II. 14., so hat auch der Schwabenspiegel [50]) seinen Prinzipalartikel über die Nothwer in II. cap. 79., welche Stelle umgekehrt auch nicht in den Sachsenspiegel gekommen ist. Dieses cap. 79. zeichnet sich namentlich durch jenen docirenden Ton aus, welcher, der Manier Ruprecht's von Freisingen sich annähernd, allen jenen Stellen des Schwabenspiegels eigen ist, welche ihm (im Verhältnisse zum Sachsenspiegel) ausschließend angehören. In dem Rubrum und im Contexte dieser Stelle, so wie im Schwabensp. cap. 314. III. findet sich zum erstenmale der Ausdruck: „*rechte notwer*", welchen auch die Carolina Art. 139 u. fg. aufgenommen und beibehalten hat.

II. Nach dem Schwabensp. c. 79. wird zu dieser rechten Nothwehr erfordert, daß der Angegriffene „hinter sich weicht, ob er entweichen möchte"; der Angreifer aber schlägt auf ihn, „dass er nicht ent-

50) Der Schwabenspiegel wird hier stets nach der Ausgabe von Lassberg und Reyscher, Tübingen 1840, angeführt.

weichen mag (sc. kann)", und hier nur erſt darf der Angegriffene die Gegenwehr beginnen, welche mit der Entleibung oder Verwundung des Angreifers endiget.

III. Bemerkenswerth iſt ſodann noch die Erläuterung im Schwabenſp. cap. 314. III. „was rechte notwer sei"; nämlich: „die recht notwer ist nit, wan ob ein man den andern *anloufet*". Hier alſo tritt ſchon buchſtäblich der Begriff des „Ueberlaufen" hervor, auf welchen ſodann ſpäter die Carolina art. 140. hauptſächlich ihre Lehre von der Nothwehr gebaut hat.

IV. Der Schwabenſpiegel hat den Grundſatz des Sachſenſpiegels II. 14. und I. 63. §. 4., wonach der, welcher ſeine Nothwehr ausgeführt hat, den Erſchlagenen doch noch mit Wehrgeld und Wette gebüßt werden muß, nicht aufgenommen, ſo daß alſo nach ihm derjenige, welcher ſeine Nothwehr durch Eid, Zeugen oder Kampf ausgeführt hat, in allen Beziehungen frei iſt. Ausdrücklich ſagt dies der Schwabenſpiegel cap. 233. Es iſt dies ein ſehr bemerkenswerther Punkt, in welchem die Redaction des ſchon erwähnten Aufſatzes von dem gerichtlichen Kampfe, welcher ſich in dem Sachſenſpiegel I. 63. und in dem Schwabenſpiegel cap. 79. II. findet, offenbar abſichtlich — wie ſich dies auch hinſichtlich der anderen ſogleich zu erwähnenden Wirkungen des gerichtlichen Kampfes aus der Faſſung der Worte ergibt — in den beiden Spiegeln auf verſchiedene Weiſe beſtimmt worden iſt.

V. Der Schwabenſpiegel läßt die Nothwehr, wenn Leute zugeſehen haben, ſelbdritt, oder mit dreien Mannen erzeugen, d. h. er fordert, wie die Assises de Jerusalem l. c. den Eid des Thäters und zweier wirklichen Zeugen [51]). Kann der Thäter dieſen Beweis

51) *Nämlich im Gegenſatz* der im Sachſenſpiegel I. 64. und *in der correſpondirenden Stelle* des Schwabenſpiegels cap. 79.

ocirre). Die Nothwehr erscheint auch hier lediglich wieder als Tödtung oder Verwundung des Angreifers [29]); jedoch zeigt das Verfahren, je nachdem die eine oder die andere Folge der kräftigen Vertheidigung eingetreten ist, einige Verschiedenheiten. War nämlich nur eine Verwundung erfolgt, so behauptet der Thäter mit zwei Zeugen (garans) unbedingt gegen den klagenden Verletzten seine Nothwehr und Straflosigkeit: war aber Tödtung eingetreten, so können die klagenden Verwandten des Getödteten zwar nicht gegen den angeschuldigten Thäter die Klage des Mordes durchsetzen, wenn dieser zwei Zeugen für seinen Exceptionalbeweis der Nothwehr gebracht hat, aber sie können einen von diesen Zeugen herausnehmen, und zum gerichtlichen Zweikampf (bataille) fordern [30]), und wer hier von den Kämpfern unterliegt, wird sofort von Rechts wegen mit dem Strange zum Tode gerichtet [31]). Hatte aber der Getödtete selbst noch vor seinem Tode erweislich eingestanden, daß er der Angreifer gewesen [32]), so fällt die Befugniß der Verwandten, einen der Garanten zum Kampfe zu fordern, hinweg.

Wir kehren nunmehr zu den deutschen Rechtsquellen im engeren Sinne, d. h. zu denen zurück, welche nicht

---

29) „et il avient, que celui c'on assaut, se deffent si bien, qu'il ocit celuy, ou mahaigne, ou bien le bate, ou le nafre à mort, etc."

30) Fast buchstäblich übereinstimmend erlaubt auch das Freiburger Stadtrecht von 1120. cap. 44. demjenigen, welcher durch zwei Zeugen der Verwundung eines Menschen überwiesen werden soll, den einen der Zeugen zum Kampfe zu fordern. Der Grund scheint darin zu liegen, daß, wenn er den einen Zeugen besiegt, der andere allein keinen (vollen) Beweis mehr macht.

31) Eine gleiche Bestimmung im Schwabenspiegel wird nachher erwähnt werden.

32) Der Text I. bei Kausler ist gegen das Ende von cap. 258. corrumpirt: der Sinn ergibt sich jedoch klar aus dem daselbst befindlichen Text II.

blos germaniſches Recht enthalten, ſondern auch auf deutſcher Erde ſelbſt entſtanden ſind. Auch hier begegnen wir im XII. XIII. und XIV. Jahrhundert denſelben Grundanſichten über das Weſen der Nothwehr, wie wir ſie aus den älteren Rechtsbüchern nachgewieſen haben. So erſcheint in dem erſten Landfrieden Friedrich's I. v. J. 1156. §. 1. und 2. [33]) die Tödtung oder Verwundung eines Menſchen als entſchuldigt, und der Thäter wird von der Todesſtrafe und reſp. dem Abhauen der Hand losgezählt, wenn er zur Rettung ſeines Lebens (vitam suam defendendo, necessario) die Tödtung oder Verwundung gethan hat; doch muß er die Nothwehr durch ein Kampfordale erweiſen. Auch wird ebendaſelbſt §. 13. dem reiſenden Kaufmanne der Gebrauch der Waffen gegen Räuber unbedingt geſtattet. — Mit größerer Ausführlichkeit iſt die Lehre von der Nothwehr (Notwerunge) aber ſchon in dem Sachſenſpiegel [34]) dargeſtellt. Hier tritt ſchon ganz klar das Prinzip hervor, welches der Anſicht aller germaniſchen Rechtsbücher, wonach die Nothwehr als entſchuldigte Tödtung oder Verwundung aufgefaßt wird, zu Grunde liegt. Dieſes Prinzip iſt die Auffaſſung der Nothwehr aus dem Geſichtspunkte eines Nothſtandes, in welchem der Thäter durch den rechtswidrigen Angriff eines Andern verſetzt iſt. Die Nothwehr bildet ſomit nach dem Sachſenſpiegel nicht ſowohl einen Gegenſatz des Nothſtandes, als welchen man ſie

33) Pertz Monum. Germ. Tom. Legg. II. p. 101 u. fg.

34) Die folgenden Verweiſungen ſind ſämmtlich nach der 2ten Ausgabe des Sachſenſpiegels von Homeyer. — Von den auf der Grundlage des Sachſenſpiegels erwachſenen Rechtsbüchern handelt von der Nothwehr am weitläufigſten das Rechtsbuch nach Distinctionen, nach der Ausgabe von Ortloff 1836. Lib. IV. cap. I. dist. 2.; cap. IV. dist. 3.; cap. V. dist. 2. 6. 7.; cap. VI. dist. 1. 2. —. Ein neuer Geſichtspunkt wird aber hierdurch nicht eröffnet.

in der neueren Zeit darzustellen gewohnt ist, sondern sie ist vielmehr in der mittelalterlichen Rechtsanschauung nur ein Fall, aber ein Hauptfall des Handelns in einem Nothstande. Dieser durch den rechtswidrigen Angriff des Gegners herbeigeführte Nothstand, welcher den Angegriffenen zur Nothwehr, d. h. zur Tödtung oder Verwundung [35]) des Angreifers berechtigt, heißet in dem Sachsenspiegel schlechthin „Not" und darauf gehen die Ausdrücke „Not an einem thun (Sachsensp. I. 63. §. 1.), d. h. jemand durch einen unerlaubten Angriff in den Nothstand versetzen; — eben so „zu doden schlagen durch not" (ibid.) II. 14.); — ferner „die not auf einen mit rechte vollbringen" (ibid. III. 78. §. 6.), d. h. durch seinen Eid (Recht) beweisen, daß der Gegner den Nothstand durch seinen Angriff hervorgerufen habe; — ganz dasselbe bezeichnet auch „die not auf den toden bereden (ibid. III. 84. §. 3.; vergl. II. 2. §. 2. a. E.). — In Gemäßheit dieser Grundansicht, daß die Nothwehr eine Tödtung oder Verwundung in einem Nothstande sey, spricht der Sachsenspiegel auch von Nothwehr gegen Thiere (II. 62. §. 2.; III. 48. §. 2. und 4.) und bezeichnet (III. 48. §. 1.) den Gegensatz des Handelns außer und in dem Nothstande durch „doden oder belemen *dankes* [36]) oder *ane dank*" [37]). Die einzelnen Verhältnisse der Nothwehr, welche der Sachsenspiegel hervorhebt, sind folgende:

---

35) Andere geringere Handlungen zieht auch der Sachsenspiegel nicht unter den Gesichtspunkt der Nothwehr. Vergl. auch den Richtsteig Landrechts, bei Senkenberg, C. J. G. I. Bd. cap. 48.

36) d. h. ex proposito, sc. lascivia. Vergl. Sachsensp. III. 84. §. 3. a. E. — Dasselbe soll wohl in dem Frankfurter StadtR. a. 1297. §. 8., bei Thomas, der Oberhof zu Frkft. a. M. „vulnerare animo *deliberato*" ausdrücken.

37) Auch „*undankes.*" Vergl. Sachsensp. III. 48. §. 2.; Homeyer ad h. art. Note e. — Die gewöhnliche Lesart die-

gerichtbuche der Stadt Regensburg [59]) aber, welches ebenfalls der Mitte des XIV. Jahrhunderts anzugehören ſcheint, wird, wie im Sachſenſpiegel, derjenige, welcher ſeine Nothwehr ausgeführt hat, zwar für ledig vom Kläger und der Stadt erklärt, muß aber noch dem Richter „nach dem alten Frieden" [60]) büßen.

Vollſtändiger und nicht ohne Einfluß auf die Fortbildung der Lehre von der Nothwehr iſt aber ſodann das Rechtsbuch Ruprechts von Freiſingen. Ruprecht (circa 1328) charakteriſirt die Nothwehr §. 20. u. 21. [61]) ebenfalls auf eine ſolche Art, daß die Rückſicht auf den Schwabenſpiegel unverkennbar hervortritt. Er gehet aber einen Schritt weiter, indem er nicht nur dann die Nothwehr annimmt, wenn man — (wie der Schwabenſpiegel fordert) — einen Verſuch zum Entweichen gemacht hat, ſondern auch 1) wenn man der Localität wegen nicht entweichen kann — („ob zween an ein haus oder ein stat an einander chömen, do si nit geweichen mugen") [62]) — 2) und ſogar ſchon dann (§. 20.), wenn der Angegriffene ſich „ſchämt, daß er weichen ſoll" [63]). Im übrigen iſt, wie im Schwaben-

---

59) Bei v. Freiberg l. c. Bd. V. Hft. 1. pag. 66. u. 71.

60) Frieden iſt hier ſo viel wie pactum (pactus), ewa, Lex u. ſ. w. Wahrſcheinlich eine Verweiſung auf die Lex Alam. oder Bajuvar. — Eine ähnliche Beſtimmung wird nachher bei dem Bamberger Stadtrecht erwähnt werden.

61) In Weſtenrieder Beiträgen Bd. VII. p. 21.

62) Sehr ähnlich iſt auch das Memminger Stadtrecht von 1396. l. c. „wär aber ein wand oder ander jrrung hinder ihm, das er nicht gewichen möcht ungevärlich, dez sol er genissen."

63) Unverkennbar iſt dies das Vorbild der Carolina art. 140., wonach ebenfalls die Nothwehr zugelaſſen wird; wenn der Angegriffene nicht ohne Gefahr „ſeines Leibs, Lebens, Ehr, und guten Leumunds entweichen kann."

ſpiegel, (und ſpäter in der Carolina art. 140.), auch bei Ruprecht die Nothwehr bedingt durch das „Anlaufen" des Gegners, und wie in dem Rechtsbuche Ludwigs des Bayern und in dem Münchner Stadtrechte dadurch, daß der Angegriffene ſein Schwerdt oder Meſſer nicht eher gezogen habe, als der Angreifer. Ganz conſequent iſt es daher, wenn Ruprecht (§. 19.) erklärt, daß ſich keiner von beiden Theilen gegen einander auf eine Nothwehr berufen könne, wenn ſie beide gegen einander gleichzeitig feindlich anlaufen [64]). Gerade ſo, wie der Schwabenſpiegel cap. 233. ſo fordert auch Ruprecht (§. 18.) zum Beweiſe der Nothwehr nur zwei Zeugen, welche mit dem Thäter die Nothwehr erzeugen („die notwer pringen selbdritt"); er erleichtert den Beweis aber im Vergleich mit dem Schwabenſpiegel cap. 314. III. noch dadurch, daß er nicht, wie dieſer „drei mannen" fordert, ſondern auch Frauen hier für gültige Zeugen erklärt, „weil oft ein man benött wird, da nur frawen sint."

Von gleicher Wichtigkeit, wie Ruprecht von Freiſingen, beſonders wegen ſeiner nahen Beziehung zu den Schwarzenbergiſchen Rechtsbüchern, reſp. der Carolina, iſt endlich noch das Bamberger Stadtrecht aus der Mitte des XIV. Jahrhunderts [65]). Dieſes durch ſeine Originalität und Reichhaltigkeit, ſo wie durch ſeine Reinheit von fremdartigen Elementen gleich merkwürdige Stadtrecht, begünſtigt, wie der Schwabenſpiegel und Ruprechts Rechtsbuch, den Beweis der Nothwehr dadurch,

64) Derſelbe Fall wird auch in dem Augsburger Stadtrecht von 1276. cap. 100. und 101. beſprochen, und zwar, wie bei Ruprecht, unmittelbar vor der Erörterung der Nothwehr.

65) Vergl. meine Ausgabe, nebſt Erläuterung, des alten Bamberger Rechts, Heidelberg 1839. p. 146 u. fg.

daß es ſich mit dem Reinigungseide des Thäters begnügt, wenn er durch die Eide von zwei anderen Perſonen, welche aber hier noch als Conjuratoren erſcheinen, unterſtützt wird: ja es begnügt ſich ſogar mit dem Reinigungseide des Thäters allein, wenn dieſer, ſey es aus Mangel an Verwandtſchaft in der Stadt, oder aus anderen Gründen, die erforderlichen beiden Conjuratoren nicht aufbringen kann, und deßhalb vor ſeinem Reinigungseide über dieſe Thatſache noch einen Voreid (Calumnien-Eid) ſchwört. (Bambg. Stadtr. §. 158.) Dagegen weichet das Bamberger Stadtrecht von beiden Spiegeln, namentlich von dem in der Beſchreibung der Vorbedingungen der Nothwehr ausführlicheren Schwabenſpiegel cap. 79. und von dem Rechtsbuche Ruprecht's darin ab, daß er von demjenigen, der ſich durch ſeinen Eid reinigen will, nicht nur fordert, daß er von dem Gegner auf eine lebensgefährliche Weiſe überlaufen worden, ſondern daß er ſogar „eine offene Wunde in ſeinem Leibe und nicht blos in ſeinem Gewand" weiſe, und zugleich beſchwöre, daß er dieſe Wunde von dem Entleibten zuerſt erhalten, noch ehe er ihn mit Worten oder Werken beleidigt habe. (Ebendaſ. §. 158.) Dieſe eine Wunde genügte aber ſodann auch für den Beweis der Nothwehr, in welcher man gegen mehrere Perſonen geſtanden, wenn mehrere von dem Angeſchuldigten verwundet oder getödtet worden waren. (Ebendaſ. §. 164.) Dieſes iſt der Punkt, welchen Schwarzenberg in ſeiner Bambergiſchen Halsgerichtsordnung v. 1507. art. 165. ſo ſehr rügte, und in Bezug auf welchen er, jene vernünftigere Anſicht, welche ſich ſchon in den angelſächſiſchen Geſetzen Heinrich's I. cap. 83., in dem Schwabenſpiegel cap. 79., und bei Ruprecht §. 20. findet, adoptirend, mit ſo großer Derbheit erklärt, daß der Angegriffene mit ſeiner Gegenwehr *zu warten nicht ſchuldig* ſey, bis er geſchlagen wird.

„wie etlich unverständig leut meinen.“ [66]) Eigenthümlich ist dem Bamberger Stadtrechte ferner, daß es (§. 160.), ähnlich wie das Regensburger Stadtrecht, den Thäter, der seine Nothwehr ausgeführt hat, demungeachtet für schuldig erklärt, dem Schultheißen eine Buße von 60 Pfennigen, unter der Bezeichnung „um Nothrecht“ — (unverkennbar ein Ueberrest des nach dem Sachsenspiegel II. 14. in gleichem Falle zu erlegenden Königsbannes) — zu bezahlen. Derjenige, welcher die Nothwehr ausführt, erscheint ferner auch in dem Bamberger Stadtrechte immer als Beklagter und Excipient, und hieraus erklärt sich, daß er, wenn er nicht wegen Tödtung, sondern nur wegen einer Verwundung angeschuldigt wird, anstatt seine Nothwehr zu beschwören, hier den Eid in umgekehrter Fassung dem Kläger antragen kann (§. 168.), weil es sich in diesem Falle nur um eine Strafsumme (gleichsam nur um ein Privatdelict) handelte. Nachdem das Bamberger Recht einmal die Einrede der Nothwehr von der Nachweisung einer von dem Angreifer zuerst erhaltenen Wunde abhängig gemacht hatte, so war es consequent, demjenigen, der sich zur Exculpation seiner Handlung (der Tödtung oder der Verwundung des Angreifers) auf die zuerst erhaltene Wunde bezogen hatte, die Befugniß abzusprechen, auf Satisfaction wegen dieser Wunde zu klagen, weil diese schon durch die als Nothwehr vorgenommene Tödtung oder Verwundung vollständig compensirt ist. (Bambg. Stadtr. §. 166. vergl. mit §. 33.) —

66) Derselbe Ausdruck findet sich noch im ersten Project der Carolina von 1521 art. 146. — In dem zweiten Projecte von 1529. art. 146. ist dagegen schon die mildere Fassung gewählt, welche in die C. C. C. art. 140. übergegangen ist: „*unangesehen, ob es geschrieben Rechten und Gewohnheiten entgegen wäre.*“ — Vergl. meine Ausgabe der C. C. C. *und ihrer Projecte* etc. Heidelberg 1842. p. 171.

Wir haben bisher die Nothwehr nach jenen Rechtsquellen betrachtet, in welchen die urſprüngliche nationale deutſche Volksanſicht über das Weſen der Nothwehr niedergelegt iſt. Wir haben übereinſtimmend und durchgreifend, ungeachtet frühzeitiger particulärer Modificationen in allen Rechtsbüchern von der Merwungiſchen Zeit an, bis zum Ende des XIV. Jahrhunderts den Grundgedanken ausgeprägt gefunden: „die Nothwehr iſt eine, durch den von dem Angreifer durch ſeinen rechtswidrigen Angriff herbeigeführten Nothſtand, entſchuldigte Tödtung aber Verwundung des Angreifers. Die Nothwehr iſt daher dem reinen deutſchen Rechte nur eine, ganz genau und beſtimmt bezeichnete, reſp. die höchſte Art der in dem erwähnten Nothſtande erlaubten Privatgewalt, oder als ſolche zugleich ein höchſt exorbitantes, ſo nahe an der Gränze der Strafbarkeit hinſtreifendes Verhältniß, daß man ſehr geneigt war, ſie — wegen des möglicher und muthmaßlicher Weiſe dabei unterlaufenen Exceſſes — mit einer Privatſtrafe zu belegen, wenn man gleich über die Unſtatthaftigkeit einer öffentlichen Strafe vollſtändig einverſtanden war. Das Wort „Nothwehr" begreift daher auch nach der deutſchen nationalen Anſchauung, und folglich auch nach dem Genius der deutſchen Sprache, die anderen niederen Arten der möglicherweiſe erlaubten Selbſtvertheidigung nicht unter ſich.

In einem folgenden Aufſatze ſoll nunmehr zu zeigen verſucht werden, wie dieſer Begriff der Nothwehr von der Legislation und der Wiſſenſchaft ſeit dem XV. Jahrhundert aufgefaßt und verarbeitet, wie er allmählich durch die faſt ausſchließliche Rückſicht auf die durchaus vage Theorie des modernen römiſchen Rechtes theilweiſe umgemodelt worden iſt, und Verwirrungen und praktiſche Schwierig-

keiten entſtanden ſind, deren Löſung und Hebung nunmehr von den neueren Legislationen gefordert wird, aber ſchwerlich befriedigend gewährt werden kann, ſo lange man ſich nicht beſſer, als bisher, über ein oberſtes leitendes Prinzip verſtändiget, und ſich über das praktiſche Bedürfniß aufgeklärt hat.

Halle,
Gebauer-Schwetſchkeſche Buchdruckerei.

Empfehlenswerthe Werke

aus dem Verlage von

C. A. Schwetschke u. Sohn und Gebauer

zu Halle.

Altesserrae, A. D., de Fictionibus jur. tract. septem, accessit ejusd. praelectio ad L. cum societas D. pro socio. Edit. nova accur. J. F. Eisenhart. 8 *maj.* 1769. 18 *gGr.* (22½ *sgr.*)

v. Caucrin, F. L., Abhandl. von d. Wasserrechte, sowohl d. natürlichen als positiven, vornehml. aber dem deutschen. Mit Kpfrn. 4 Bde. 1789—1800.
6 Rthlr. 6 gGr. (7½ sgr.)

Grenzstreit, der gegenwärtige, zwischen Staats- und Kirchen-Gewalt aus dem staatskirchenrechtlichen und legislativen Gesichtspunkt erörtert von einem norddeutschen Publicisten. gr. 8. 1839. 21 gGr. (26¼ sgr.)

Hefftter, Dr. August Wilhelm, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landesrechte. Zweite Auflage, mit einer vergleichend. Uebersicht der neuern deutsch. Strafgesetzgebungen. gr. 8. 1839.
2 Rthlr. 8 gGr. (10 sgr.)

von Jakob, Heinrich Ludwig, die Staatsfinanzwissenschaft. Theoretisch und praktisch dargestellt und durch Beispiele aus der neueren Finanzgeschichte europäischer Staaten erläutert. Zweite verbesserte und vermehrte Aufl. von Dr. J. F. H. Eiselen. gr. 8. 1837. 4 Rthlr.

— — **Entwurf eines Criminal-Gesetzbuchs f. Rußland,** mit Anmerk. über Russische Gesetze. gr. 8. 1818.
1 Rthlr. 20 gGr. (25 sgr.)

— — **Einleitung in das Studium der Staatswissenschaften.** 8. 1819. 1 Rthlr. 12 gGr. (15 sgr.)

von Madai, Dr. C. O., die Lehre von der Mora. Dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts. gr. 8. 1837. 2 Rthlr.

— — **die Statuliberi des Röm. Rechts.** 8. 1834. 1 Rthlr.

Meier, M. H. E., u. G. F. Schömann, der attische Process. 4 *Bücher.* Eine gekrönte Preisschrift. *gr. 8. 1824.* 3 Rthlr. 12 gGr. (15 sgr.)

Mühlenbruch, Dr. C. F., Doctrina Pandectarum. Scholarum in usum. Editio quarta multo auctior et emendatior. III Volumina. 8maj. 1839. 4 Rthlr.

— — **Lehrbuch des Pandekten-Rechts.** Nach der doctrina pandectarum deutsch bearbeitet. Dritte verbesserte und vermehrte Auflage. 3 Theile. gr. 8. 1840. 4 Rthlr.

Nogge, K. A., über das Gerichtswesen der Germanen, ein germanist. Versuch. gr. 8. 1820. 1 Rthlr.

Salchow, J. C. D., Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 3e umgearb. Ausg. gr. 8. 1823. 2 Rthlr. 8 gGr. (10 sgr.)

Sintenis, Karl Friedrich Ferd., Handbuch des gemeinen Pfandrechts. gr. 8. 1836. 3 Rthlr. 18 gGr. ($22\frac{1}{2}$ sgr.)

Spangenberg, E., Beiträge zu den deutschen Rechten des Mittelalters, vorzügl. zur Kunde u. Kritik der altgerman. Rechtsbücher u. des Sachsen- u. Schwabenspiegels. Mit Kpfrn. gr. 4. 1822. 3 Rthlr.

Streckfuß, K., über die Garantien der preußischen Zustände. gr. 8. 1839. 8 gGr. (10 sgr.)

Tittmann, C. A., Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 2e umgeänd. Aufl. in 3 Bdn. gr. 8. 1822—24. 6 Rthlr.

— — **Handbuch f. angehende Juristen, zum Gebrauch** während der Universitätszeit u. bei d. Eintritte in d. Geschäftsleben. gr. 8. 1828. 3 Rthlr.

— ***F. W., de competentia legum extern. et domestic. inde finiendis potiss. juris conjugum.*** *8 maj.* 1822. 10 *gGr.* ($12\frac{1}{2}$ *sgr.*)

Ueber den Kampf des Papstthums gegen die Staats-gewalt und den wahrscheinlichen Ausgang desselben. gr. 8. 1838. 4 gGr. (5 sgr.)

Ueber die öffentlichen Zustände im Großherzogthum Posen. gr. 8. 1838. 4 gGr. (5 sgr.)

Votum eines norddeutschen Publicisten zu J. L. Klüber's nachgelassener Schrift: die eheliche Abstammung des fürstlichen Hauses Löwenstein-Wertheim, und dessen Nachfolgerecht in den Stammländern des Hauses Wittelsbach. gr. 8. 1838. 1 Rthlr.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1842.
Zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1842.

Inhalt.

IV. Noch ein Wort über die körperlichen Züchtigungen als Strafe. Von Herrn Senator Dr. Hudtwalcker in Hamburg. S. 163

V. Beiträge zu dem Verbrechen der Blasphemie, durch Rechtsfälle erläutert von Herrn Dr. Freiherrn von Preuſchen, Herzoglich Naſſauiſchem Hofgerichts-Aſſeſſor. (Fortſetzung des Aufſatzes Nr. XI. 1841. 2tes Stück.) — 188

VI. Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung der Verbrechen. Von H. A. Zachariä. — 199

VII. Ueber die Benutzung der ſtändiſchen Verhandlungen zur Auslegung von Geſetzen. Von Herrn Dr. Mohl, Profeſſor in Tübingen. — 214

VIII. Der deutſche Strafprozeß, verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren, mit Prüfung der neueſten Ergebniſſe der Strafprozeßgeſetzgebung. Von Mittermaier. (Fortſetzung des Aufſatzes Nr. II. im vorigen Hefte.)

IX. Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften:

1) Das Criminalgeſetzbuch für das Herzogthum Braunſchweig, nebſt den Motiven der herzogl. Landesregierung und Erläuterungen aus den ſtändiſchen Verhandlungen. *Braunſchweig 1841.* — 290

2) Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit erläuterndern Bemerkungen zum praktischen Gebrauche. Von Geheimen Justizrath Chr. E. Weiß. I. Band. Dresden 1841. S. 299

3) Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze, nach constitutionellem Staats- und gemeinem deutschen Rechte. Von Dr. jur. W. M. Schaffrath. Leipzig 1842. — 303

4) Commentar über das großh. hessische Strafgesetzbuch und die damit in Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen nach authentischen Quellen, mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungswerke andrer Staaten ꝛc. Von Dr. M. Breidenbach, großh. Ministerialrathe. 1ster Band. Darmstadt 1842. — 308

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1842. Zweites Stück.

IV.

Noch ein Wort
über die körperlichen Züchtigungen als Strafe.

Von
Herrn Senator Dr. Hudtwalcker
in Hamburg.

Unleugbar fängt ein wohlthätiger Geiſt der Milde und der Humanität mehr und mehr an, ſich auch im Criminalrecht geltend zu machen. Wir ſehen faſt überall die Todesſtrafe wo nicht ganz in ihrer Rechtmäßigkeit beſtritten, doch mehr und mehr beſchränkt, die qualificirten Todesſtrafen abgeſchafft werden, eine Menge früher hart geahndeter Verbrechen zu Polizeivergehen herabſinken; und den Strafgefängniſſen ſtehen durch die amerikaniſchen Beſſerungsſyſteme Reformen bevor, deren große Rückwirkung auf die Criminal-Geſetzgebung bei den bisherigen Verhandlungen über dieſe Syſteme noch nicht einmal genügend gewürdigt worden ſeyn dürfte. Wir wollen es hier ununtersucht laſſen, ob die Quelle dieſer Beſtrebungen durchgängig *ſo lauter iſt, als die* Wortführer der Zeitrichtungen

es verkünden, ob nicht Vieles mehr einem religiösen und ethischen Indifferentismus, einer Entnervung und Charakterschwäche der Zeit, als einer wahrhaft veredelten und männlichen Gesinnung zuzuschreiben ist. Wenn wir dagegen das Gute, was daraus hervorgeht, gern annehmen und festhalten, so wollen wir nur Sorge tragen, daß nicht zu weit gegangen, das Kind nicht mit dem Bade verschüttet werde.

Dies scheint mir namentlich da der Fall zu seyn, wo man sich gegen die körperlichen Züchtigungen als Strafe überhaupt erklärt. Man kann es nur lebhaft bedauern, wenn die Erörterung darüber zur Parteisache gemacht wird, wenn die Vertheidiger der Strafart als solche, die sich von veralteten Ansichten nicht losmachen könnten, geschildert werden, oder wenn es gar heißt: der Freund der Prügel giebt sich selbst kein ehrendes Zeugniß [1]). Allein gerade dann wird es doppelt Pflicht, sich nicht irre machen zu lassen. Vielleicht macht es einigen Eindruck, wenn ein Republikaner, aus einer Stadt, in der das demokratische Element mehr ausgebildet ist, als in irgend einem andern Staate Deutschlands, wo es keinen bevorzugten Stand, wenigstens keinen Adel und keine Patricier giebt, und noch weniger einen Fürsten, es unternimmt, die Gründe für und gegen die „Prügelstrafe" (immerhin!) einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen, und vor einer voreiligen gänzlichen Abschaffung derselben zu warnen.

Es haben sich neuerdings vorzüglich Mittermaier (im neuen Archiv des Criminalrechts, XII. S. 650 ff. [2])

---

1) Mittermaier, im neuen Archiv des Criminalrechts, XII. S. 667.

2) Dieser Aufsatz Mittermaier's ist, unter Nennung seines Namens, doch ohne Anführung, daß er schon vor 9 Jahren *im Archiv* stand, unter dem Titel: Menschenwürde und Prügel, *wörtlich* wieder abgedruckt worden in Demme und

und ebenda, neue Folge, Jahrgang 1838, S. 26 ff., beiläufig auch in der Note zu Feuerbach's Lehrbuch, 13te Ausg. S. 148., — woselbst auch die Literatur —, und zuletzt in der Schrift: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung S. 183 — 185.) und v. Jagemann (im Archiv des Criminalrechts 1841, S. 230 fgg.) gegen die körperliche Züchtigung erklärt. Auch in der trefflichen Schrift des Kronprinzen Oskar von Schweden, über Strafe und Strafanstalten, übersetzt von v. Treskow, wird diese Strafart verworfen. Wenn man indeß liest (S. 146.), daß in Schweden, selbst nach dem noch geltenden Gesetze von 1734, die Leibesstrafen nebst der Todesstrafe fast die alleinige Strafgattung bilden, und daß erstere öffentlich, wohl gar in Verbindung mit der Kirchenbuße vollzogen werden (S. 80.), so kann dies nicht Wunder nehmen. Der erlauchte Verfasser hat die Frage, auf die es hier ankommt, wahrscheinlich gar nicht im Auge gehabt.

Ich werde nun die Gründe gegen die körperliche Züchtigung als Strafart zuerst prüfen, und dann entwickeln, unter welchen Beschränkungen und aus welchen Gründen ich sie für zulässig halte.

Mittermaier nun führt vornehmlich Folgendes an:

1) Die Strafe sey nur auf die sinnliche Natur des Menschen berechnet.

Der Verfasser bleibt dieser Behauptung indeß nicht getreu, da er (S. 656.) der Strafe vorwirft, das Ehrgefühl werde durch sie erstickt. Sie trifft also doch auch die sitt-

---

Klunge's Annalen der deutsch. und ausländ. Criminalrechtspflege 1841, S. 125 fg.

Zusatz der Redaction: Der Unterzeichnete hatte keine Ermächtigung zum Wiederabdruck jenes Aufsatzes gegeben, und würde den *jenem Aufsatze* in Demme's Annalen gegebenen *Titel nicht gebilligt haben.* Mittermaier.

liche Seite des Menschen; wie sie denn offenbar bei dem Erwachsenen Beschämung hervorbringen muß. Abgesehen davon, so sind alle Freiheitsstrafen zunächst ebenfalls auf die sinnliche Natur des Menschen berechnet, insonderheit die zweckmäßigsten Verschärfungen derselben, durch schmale Kost, Entziehung des Bettes, und Dunkelarrest. Sie wirken nur langsamer. Endlich aber ist die große Mehrzahl der Individuen, die bestraft werden müssen, so beschaffen, daß die sinnliche Natur bei ihnen überwiegt; es wird daher auch durch diese am besten auf sie gewirkt werden können. Wollte man dies nicht gelten lassen, so würde man dahin gelangen, die besserung des zu Bestrafenden als höchstes Princip des Strafrechts aufzustellen, was bekanntlich Mittermaier nicht thut.

2) Sie habe lediglich in der Abschreckungstheorie ihren Grund, und gehe von einer unwürdigen Vorstellung der sinnlichen Natur des Menschen aus. Der Strafzwang müsse aber auf die sittlich-sinnliche Natur berechnet seyn, nicht das Ehrgefühl ersticken, und durch ein fortgesetztes weise berechnetes Wirken die Gesinnung des Verbrechers umzuwandeln streben.

Es scheint mir eine petitio principii darin zu liegen, wenn behauptet wird, die körperliche Züchtigung habe nur in der Abschreckungstheorie ihren Grund. Sie läßt sich eben so gut nach der Gerechtigkeitstheorie rechtfertigen, und darthun, daß sie nothwendig und gerecht sey. Eben so füglich ließe sich nach dem Obigen nachweisen, daß sie auf die sinnlich-sittliche Natur des Menschen berechnet sey; und was das fortgesetzte Wirken auf die Gesinnung des Verbrechers betrifft, so hoffe ich unten darzuthun, daß *Schläge grade* dann angemessen sind, wenn es an Zeit zu

ſolch fortgeſetztem Wirken gebricht, oder wenn daſſelbe dem Sträfling einen unverhältnißmäßigen Nachtheil zuziehen würde.

3) Die Strafe ſey ungerecht, weil ſie je nach der geiſtigen und körperlichen Beſchaffenheit des Beſtraften ungleich wirke.

Letzteres muß zugegeben werden, aber das Argument beweiſt zuviel. Derſelbe Fall tritt nämlich auch bei den Freiheits- und gewiſſermaßen auch bei den Geld- und Ehrenſtrafen ein. Wie gar verſchieden wirken ſchon 4 Wochen Arreſt auf den geſunden und auf den zu gaſtriſchen Beſchwerden geneigten, auf den an ſitzende Lebensart gewöhnten, und auf den ſich mit Feldarbeit beſchäftigenden Sträfling; bei längerer Dauer kann Gefängnißſtrafe die Geſundheit völlig zerrütten. Ebenſo in geiſtiger Hinſicht. Der Ehrenmann, den wegen eines in der Uebereilung begangenen Vergehens eine Freiheitsſtrafe trifft, wird ſich höchlich beſchimpft und wie vernichtet fühlen, während ein Andrer von niedriger Geſinnung ſich wenig daraus macht, und die Arreſtſtrafe lieber abbüßt, als eine Geldſtrafe zahlt. Ebenſo bei Verweiſen und dgl. Mir ſind Fälle bekannt, wo öffentliche Verweiſe in Schulen junge Leute zum Selbſtmord oder zur heimlichen Entfernung aus dem elterlichen Hauſe veranlaßt haben. Folgen dieſer Art laſſen ſich bei keiner Strafgattung für alle denkbare Fälle vorher berechnen. Der Geſetzgeber muß, bei der großen Verſchiedenheit der Individualitäten, nur dafür ſorgen, daß dem richterlichen Ermeſſen Freiheit genug bleibt, um nach Möglichkeit die paſſendſte Strafe wählen zu können.

4) Körperliche Züchtigungen ſeyen nie gefahrlos, und wirkten unberechenbar nachtheilig auf die Geſundheit. Aerztliche Unterſuchung ſchütze dagegen nicht.

Es ist schon von Anderen bemerkt worden, daß diese Gefahren übertrieben werden, und es bleibt auffallend, daß man keine Beispiele nachgewiesen hat. Uebrigens ist allerdings Vorsicht bei der Anwendung nöthig, und es muß vorausgesetzt werden, daß der Gerichtsarzt seine Schuldigkeit erfüllt [3]). Doch das muß auch in vielen anderen Fällen vorausgesetzt werden. Auch von den Freiheitsstrafen könnte man, nach dem Obigen, dasselbe behaupten, und namentlich, daß durch längere Gefängnißstrafen, die doch oft grade dann nöthig sind, wenn die Gesinnung des Verbrechers umgewandelt werden soll, die Gesundheit mehrerer Individuen zerstört worden ist, als durch Schläge.

5) Die Strafe sey unpolitisch, weil sie der öffentlichen Meinung und den Ansichten des Volkes widerspreche.

Abgesehen davon, ob eine Regierung der stets wandelbaren öffentlichen Meinung einen so großen Einfluß gestatten darf, als hier gefordert wird, so mögen solche Ansichten in einigen Ländern und Gegenden herrschen, vornehmlich wohl in solchen, wo man die Strafe früher zu häufig anwandte, und ihre Verhängung ohne nähere gesetzliche Vorschrift dem einzeln stehenden Beamten in die Hände gab, oder wo gar öffentliche Auspeitschungen an der Tagesordnung waren. Ich vermuthe fast, daß die große Opposition gegen die Strafart großentheils in solchen früheren Mißgriffen wurzelt. Anderswo ist die öffentliche Meinung ganz anders, und sollte es billig allenthalben seyn, weil nicht die Strafe, sondern das Verbrechen schimpflich seyn sollte, diese Strafart auch nicht, wie die verstümmelnden, Brandmark u. dgl., bleibende Spuren zurückläßt. Es kann daher auch nicht zugegeben werden,

---

3) *Vgl.* Nöllner über die gegen verhaftete Angeklagte zulässigen *Ungehorsamsstrafen* (in dessen und v. Jagemann's Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. I. S. 178.)

daß das Volk da, wo es körperliche Züchtigung für beſonders ſchimpflich hält, aufgeklärter oder gebildeter ſey als anderswo. Vielmehr wäre es am aufgeklärteſten, wenn ein ſo allgemeines Rechtlichkeitsgefühl verbreitet wäre, daß Jedermann es für undenkbar hielte, ihn könne eine Criminalſtrafe treffen; dann würde man es in der Ordnung finden, daß dieſe Strafe empfindlich und immerhin ſelbſt beſchimpfend wäre.

6) Die Strafe ſey inconſtitutionell, weil ſie nicht jede Klaſſe von Staatsbürgern treffe; niemand denke daran, daß jeder Unterſchied des Standes gezüchtiget werde, ſobald er gewiſſe Verbrechen verübe. Nur die unteren Stände ſeyen gemeint.

So ſpeciös dieſer Grund auch klingt, ſo iſt er doch nicht ſtichhaltig. Das nämliche Verhältniß tritt auch in vielen Fällen ein, wo niemand daran Anſtoß nimmt, weil es nun einmal unmöglich iſt, die Verſchiedenheit der bürgerlichen Zuſtände, die überall und unter allen Verfaſſungen beſteht, im Criminalrecht zu beſeitigen. So treffen z. B. Geldſtrafen, die doch für manche Vergehen ganz beſonders paſſend ſind, nur die Wohlhabenderen; der Arme könnte mithin eben ſo füglich dieſe Strafe für inconſtitutionell erklären, da ſie ihm doch nicht zu Nutz komme, indem er ſtatt an Gelde, mit Gefängniß beſtraft werde. Und wie iſt es mit den ſchwereren Freiheitsſtrafen? Bisher ſahen ſich noch faſt alle Geſetzgebungen veranlaßt, der Ketten-, der Zuchthausſtrafe u. ſ. w. Feſtung oder ähnliche Milderungen da zu ſubſtituiren, wo jene wegen des Standes, der Bildung, der bürgerlichen Stellung des Verbrechers überhaupt, eine unverhältnißmäßige Härte mit ſich führen würden; und niemand wird leugnen, daß ſelbſt dann, *wenn das Geſetz ſo umſichtig* abgefaßt iſt, wie §. 50

und 51. des badischen Entwurfs, die Sache praktisch doch immer darauf hinausläuft, daß der in der bürgerlichen Gesellschaft höher Stehende besser davonkommt als der geringe Mann. So würde auch die „Prügelstrafe" fast immer für den Gebildeteren unverhältnißmäßig hart seyn. Aber die Sache hat auch noch eine tiefere Seite. Nicht die größere Verdorbenheit, aber wohl die größere Derbheit, Rohheit, Muthwille des gemeinen Mannes bedarf schärferer Repressivmittel, als die furchtsamere Feinheit des Vornehmen, wobei immerhin der Vorzug größerer Sittlichkeit in vielen Fällen auf Seiten des ersteren seyn kann. Sowie überhaupt in der unteren Sphäre der menschlichen Gesellschaft die Leidenschaft kräftiger, das Ehrgefühl minder ausgebildet, die Anforderung der Noth vernehmlicher ist (und stets beiben wird, wenn man die Leute auch noch so sehr mit dem äußern Anstrich von Bildung übertüncht), und wie daher bei weitem die meisten Verbrechen in den unteren Ständen vorkommen, ebenso werden auch grade von Personen aus ihrer Mitte vorzugsweise solche Delicte verübt werden, die mit körperlicher Züchtigung zu ahnden rathsam ist.

Uebrigens soll man den Richter so unabhängig stellen, daß er die Strafe auch dem Vornehmsten zuerkennen kann, wenn der Fall danach ist.

7) Bei welchen Verbrechen die Strafe anzuwenden sey, darüber erhalte man nur unbefriedigende Antworten.

Ich werde weiterhin versuchen, eine befriedigende Antwort zu geben.

8) Vollends bei der Jugend unter 16 Jahren sey die Strafe unzweckmäßig, wegen der eigenthümlich mit dem Sexualsystem zusammenhängenden Wirkung der Schläge.

Man kann darauf nur erwiedern, daß wenn die Schläge mit der (nie ſchädlichen) *) Ruthe nur gehörig gegeben werden, ſolche Gefühle dem Gezüchtigten ſchon vergehen werden. Ueberhaupt dürfte das Ganze nur bei einzelnen ohnehin ſchon überreizten Perſönlichkeiten vorkommen.

9) Man ſey genöthigt, die Strafe vorzüglich bei kleineren Delicten anzuwenden, ihre Verhängung alſo Einzelrichtern zu überlaſſen, die damit am freigebigſten ſeyen, und ſich am leichteſten übereilen könnten.

Dies iſt wahr; aber der Geſetzgeber muß nach Möglichkeit dafür ſorgen, daß keine Mißbräuche vorkommen. Uebereilungen kommen übrigens auch bei manchen Collegien vor, und vielleicht häufiger, wie bei gewiſſenhaften Einzelrichtern.

10) Als Zuſatz oder Schärfung von Freiheitsſtrafen tauge die körperliche Züchtigung vollends nichts, ſie ſey mit dem Beſſerungsſyſtem unverträglich, und müſſe ſelbſt als Disciplinarſtrafe in Zuchthäuſern abgeſchafft werden.

Letzteres muß unbedingt zugegeben werden, ſobald das Zuchthaus conſequent nach dem philadelphiſchen Syſtem eingerichtet iſt, und darin liegt unſtreitig eine große Wohlthat dieſes Syſtems. Ob aber auch bei dem auburnſchen Syſtem daſſelbe eintreten kann, muß nach den bisherigen Erfahrungen in größeren Strafanſtalten, wo unmöglich ſo viele Kräfte der Aufſicht herbeizuſchaffen ſind, wie z. B. in Genf, gar ſehr bezweifelt werden. Als Zuſatz oder Schärfung längerer Freiheitsſtrafen ſcheint mir die körper-

*) Vgl. Möllner, in deſſen und v. Jagemann's Zeitſchrift für deutſches Strafverfahren, I. S. 165.

liche Züchtigung ebenfalls in den meisten Fällen, zumal als sogenannter Abschied nach überstandener Strafe, oder zu gewissen Zeitabschnitten, z. B. am Tage des verübten Verbrechens, nicht zweckmäßig. Wird sie vor Antritt der Freiheitsstrafe verfügt, so muß sie nur nicht im Zuchthause selbst vollzogen werden. Als Schärfungsmittel kurzer Freiheitsstrafen ist sie meines Ermessens da, wo sie überhaupt anwendbar scheint, sehr angemessen.

11) Die einst allgemeine Verbreitung der körperlichen Züchtigung im Mittelalter habe mit der kirchlichen Ansicht zusammengehangen, daß es eines empfindlichen Bußmittels bedürfe, wohin man die körperliche Züchtigung rechnete und nicht für entehrend hielt, während sie jetzt als schändend erscheine [5].

Die Strafart ist viel älter, und findet sich auch bei Völkern, wohin Ansichten dieser Art nie gedrungen sind. Ihre Entstehung erklärt sich ohnehin von selbst, und es ist daher nicht recht einzusehen, warum sie deswegen abgeschafft werden soll, weil sie im Mittelalter mit religösen Ansichten verträglicher war. Man könnte ebenso gegen das pennsylvanische Besserungssystem einwenden (was ich auch schon irgendwo gelesen zu haben meine), daß es an die Klöster des Mittelalters erinnere.

Zu diesen Gründen hat von Jagemann in seiner Prüfung dieser Strafart vor dem Forum der Wissenschaft und der Erfahrung [6] nur wenige neue hinzugefügt.

---

5) Vgl. Oskar, Kronprinz von Schweden, über Strafe und Strafanstalten S. 16.

6) Im Archiv des Criminalrechts 1841. S. 230 fgg.

1) Man ſetze die Staatsbürger zu Kindern, ja zu Thieren herab. Selbſt bei Kindern ſey es zweifelhaft, ob ſie durch Schläge gebeſſert würden.

Hierauf iſt einfach zu antworten, daß wer ſich wie ein ungezogenes Kind beträgt, auch ſo behandelt zu werden verdient. Ob Züchtigungen Kinder beſſern, gehört genau genommen nicht hieher. Man könnte im Uebrigen auch die Freiheitsſtrafen ebenſo als verwerflich darſtellen, da man ungezogene Kinder auch wohl einzuſperren pflegt, was manche Pädagogen ebenfalls für bedenklich erklären.

2) Der Erwachſene habe ein Recht zu verlangen, daß man ihm erſt Gelegenheit gebe, ſeine Vernunft zu gebrauchen; höchſtens rechtfertige ſich daher die Strafe bei Rückfälligen.

Dies Argument beweiſt zuviel, denn man könnte damit auch darthun, daß ein erſtmaliges Vergehen nie anders als mit einem Verweiſe beſtraft werden dürfe. Wenn man jemand einſperrt, ſo entzieht man ihm vorläufig auch die Gelegenheit, ſeine Vernunft zu gebrauchen, wenigſtens die praktiſche, was nur in der Freiheit möglich iſt. Pro futuro appellirt der Staat an die Vernunft deſſen, der ein Strafgeſetz übertreten hat, gewiß oft beſſer durch Schläge als durch Einſperrung.

3) Die Strafe müſſe durch bezahlte Büttel vollzogen, der Gezüchtigte gebunden, hingelegt, oder feſtgehalten werden. Das Militair bleibe doch aufrecht ſtehen, werde nicht wie ein Hund am Schopf gefaßt und horizontal hingelegt.

Es iſt ſchwer, ſich bei ſolchen Argumenten des Lächelns zu enthalten. Als wenn die Gefängnißſtrafe nicht auch durch *bezahlte Gerichtsdiener* vollzogen, ein ſich Widerſetzender

nicht ebenfalls „wie ein Hund" beim Schopf gefaßt, und in das Gefängnißlocal transportirt werden müßte! Wie oft müssen nicht Arrestanten gebunden werden, damit man ihrer Herr wird! Dergleichen Fälle sind dem Verfasser als erfahrenen Praktiker, doch unfehlbar vorgekommen, sie gehören wahrlich nicht zu den Ausnahmen.

4) Das Maaß der Prügelstrafe hänge von der Willkühr des Züchtigenden ab, durch Bestechung könne sie leicht frustrirt werden.

Dies muß zugegeben werden; aber der Richter soll Acht geben, und keine bestechliche Officianten dulden. Uebrigens trifft auch dieser Grund in tantum die Freiheitsstrafe ebenfalls, da untreue Gefangenwärter dem Gefangenen die Strafe vielfach erleichtern können, insonderheit die Verschärfungen derselben durch Einsamkeit, magere Kost u. s. w.

5) Selbst wenn man die Strafe auf Landstreicher und Gauner beschränke, sey sie mißlich, der Begriff sey unsicher, es könne auch ein Genie, ein lustiger Müßiggänger für einen Gauner gehalten werden.

Als wenn ein mittelmäßig verständiger Beamter ohne bösen Willen einen solchen Mißgriff machen könnte! Mit Praktikern ist kein Wort darüber weiter zu reden; und da der Verfasser des trefflichen Handbuchs der Untersuchungskunde sich als solchen in jeder Beziehung ausgewiesen hat, so kann es nur Wunder nehmen, ein solches Argument von ihm zu hören.

6) Die Strafe wirke nicht so, wie der Gesetzgeber es wünschen müsse; sie bringe *bald* Niedergeschlagenheit, bald Trotz, *bald bittern* Unmuth hervor.

Sollten nicht Niedergeschlagenheit und Unmuth als Wirkungen einer Strafe dem Gesetzgeber willkommen seyn, da sie oft Vorläufer der Reue sind? Trotz bringen bei verhärteten Gemüthern alle und jede Strafen hervor.

Es soll nun zwar, was die Gründe für die Strafart betrifft, nicht in Abrede gestellt werden, daß dabei manche schwache mitunterlaufen. Bei diesen werde ich mich nicht aufhalten, da Mittermaier und von Jagemann sie gebührend abgefertigt haben, vielmehr nun entwickeln, in welchen Fällen und unter welchen Beschränkungen ich die Strafe hier angemessen und zweckmäßig achte.

1) Die körperliche Züchtigung werde nie als alleinige Strafe, sondern alternativ nach Ermessen des Richters mit kürzeren Freiheitsstrafen oder cumulativ mit solchen angedrohet, und das richterliche Ermessen insonderheit dann auf dieselbe hingewiesen, wenn eine verhältnißmäßige Freiheitsstrafe für den Schuldigen selbst oder dessen Angehörige mit unverhältnißmäßigem Nachtheil verbunden seyn würde.

2) Sie trete besonders da ein, wo der Verbrecher, vorzüglich der jugendliche, eine auffallende Rohheit, Uebermuth, Frevelhaftigkeit zeigte, ohne daß gleichwohl ein so schweres Delict begangen wäre, daß eine lange Freiheitsstrafe unvermeidlich wird.

3) Bei Gewohnheitsbettlern, Landstreichern, Gaunern, vorzüglich bei fremden, die eine schon erkannte Landesverweisung übertreten haben, werde sie als alleinige Strafe oder als Verschärfung der Freiheitsstrafe dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

4) *Sie werde nie öffentlich* vollzogen.

5) Man beobachte die gehörige Vorsicht, damit für die Gesundheit des Sträflings keine schädliche Folgen entstehen (das Gutachten des Gerichtsarztes muß speciell darauf gerichtet seyn, mit welchem Gegenstande die Strafe zu vollziehen, wie viel Streiche zu geben u. s. w.).

6) Man verstatte dem Einzelrichter nicht, die Strafe vollziehen zu lassen (ausgenommen an den unter 3) genannten Personen), wenn eine Berufung an die höhere Instanz eingelegt, und im Fall nicht ohnehin schon Untersuchungshaft verhängt war, Caution bestellt wird [7]).

Zur Verdeutlichung lasse ich nur einige Beispiele aus meiner eignen amtlichen Erfahrung folgen, wo körperliche Züchtigung verhängt ward; ich glaube, daß jeder Unbefangene, wenn er von lebendigem Rechtsgefühl durchdrungen ist, die Strafe in diesen Fällen angemessen finden wird.

Mehrere sehr anständige Bewohner von Sommerwohnungen in einer etwas abgelegenen Gegend zeigten an, daß ihre weiblichen Angehörigen verschiedentlich durch einen Menschen, anscheinend einen Metzgergesellen, beunruhigt würden, der, wenn sie ihm begegneten, sich auf eine schamlose Art entblößt, vor ihnen hinstelle. Der Thäter ward ermittelt und mit einer körperlichen Züchtigung bestraft.

Ein junger Mensch hatte aus Rachsucht wegen einer unbedeutenden Kränkung das Tuch im Wagen eines Miethkutschers, während er den Wagen benutzte, heimlich zerschnitten. Er war nicht im Stande, dem mittellosen

7) Der Vorschlag von Nöllner (in dessen und v. Jagemann's Zeitschrift für deutsches Strafverfahren S. 177.), die Entscheidung dem vorgesetzten Justizcollegium überhaupt zu überlassen, bezieht sich nur auf den Fall der Ungehorsamsstrafen, und dürfte selbst da zu umständlich seyn.

jammernden Kutscher den Schaden zu ersetzen. Durch eine längere Freiheitsstrafe desselben würden dritte Personen zu sehr gelitten haben; er ward zu kurzem, durch empfindliche körperliche Züchtigung, abwechselnde Entziehung warmer Kost, und Einsamkeit verschärften Gefängniß verurtheilt.

Ein Pferd hatte sich in der Schwemme mit einem Kutscherknecht niedergelegt; derselbe begnügte sich nicht es mäßig dafür zu schlagen, sondern er setzte dies, aus Aerger daß er naß geworden war, nach Hause reitend während geraumer Zeit mit barbarischer Fühllosigkeit fort. Sein Brodherr, der übrigens mit ihm zufrieden war, erklärte, ihm des Dienstes entlassen zu müssen, wenn er sitzen solle. Er erhielt eine körperliche Züchtigung.

Eine 37jährige Wäscherin sollte sich einer Klatscherei über ein angebliches Liebesverhältniß zwischen der Frau ihres Bleichers [9]) und deren Knecht schuldig gemacht haben. Als sie wieder hinkam, rief man sie ins Zimmer und stellte sie zur Rede. Sie leugnete und ward nun von dem Knecht zuerst geohrfeigt, dann mit einer Hundepeitsche auf den entblößten Hintern geschlagen, endlich, als der Knecht ermüdet war, von ihm aufgehoben, den übrigen Wäscherinnen entblößt gezeigt, und dann aus dem Hause geworfen. Die Jammergestalt dieser übrigens robusten und keinen bleibenden Schaden an ihrer Gesundheit erlitten habenden Person war nicht zu beschreiben; sie hatte ihrer Aussage nach über 20 Ohrfeigen erhalten, und nach dem ärztlichen Bericht war das ganze Gesicht, die Schultern, der Rücken, die Ober- und Unterschenkel, die Hände, mit Blut unterlaufen. Durch eine längere Freiheitsstrafe wäre der Knecht brodlos und außer Stand gesetzt worden,

---

9) So nennt man in Hamburg Leute, die Plätze am Wasser besitzen, wo Leinewäsche gewaschen und gebleicht wird.

Schmerzensgeld und Satisfaction zu bezahlen. Er ward zu 4 Wochen einsamer Haft abwechselnd bei Wasser und Brod und einer scharfen Züchtigung zu Anfang und Ende der Strafzeit verurtheilt; man hielt diese Strafe für eben so strenge, als sechs Monate Zuchthaus.

Ein Bettler und Säufer, der schon oft bestraft worden war, stieß die Frau eines rechtlichen Bürgers, die ihm in ihrem Gartenhause, wo sie ohne männliche Hülfe war, ein Almosen abschlug, so vor die Brust, daß sie zu Boden fiel, und entfernte sich dann drohend. Nachher leugnete er, wollte das Alibi darthun, und konnte erst durch ein langes Beweisverfahren überführt und endlich zum Geständniß gebracht werden. Die Zuchthausstrafe desselben ward durch eine körperliche Züchtigung verschärft.

Folgendes sind die Gründe, aus denen ich die Beibehaltung der körperlichen Züchtigung als Strafart in der obigen Modalität, rechtfertigen zu können glaube [9]).

1) Weil die Strafe in manchen Fällen die einzig adäquate ist. Sie zeigt dem roh sinnlichen Menschen so recht ad hominem, daß wenn es ihm auch gelungen ist, für den Augenblick an einem wehrlosen Feinde seinen Frevel zu verüben, die unsichtbare Obergewalt des Staates nicht blos die Befugniß sondern auch die Macht besitzt, so etwas zu ahnden. Man glaube nicht, daß das auch ebenso in die Sinne falle, wenn eine Freiheitsstrafe eintrete; bei dieser, wenn sie auch lästig ist, überlegt der Bestrafte, ob er dem Gekränkten, an dem er sein Müthchen gekühlt hat, nicht doch noch weher gethan habe. Weiß er vollends, daß der Rich-

9) Vgl. besonders Trummer, zur Philosophie des Rechts, S. 153. Jarcke Handbuch des Strafrechts, I. S. 265, Note 11). Wächter über die Strafarten, S. 174. Graba Andeutungen, die Reform der Freiheitsstrafen betr. S. 16 u. 17. Zum Theil auch: Möllner a. a. O. S. 168 fgg.

ter ihn nicht schlagen lassen darf, so steigert sich diese Vergleichung bis zum stillen Triumph. Man forsche nur den Aeußerungen solcher Individuen genau nach!

2) Weil es nur durch sie möglich wird, den Nachtheil längerer Freiheitsstrafen von dem zu Bestrafenden, dessen Angehörigen, ja von dem Verletzten selbst, abzuwenden.

Dieser Grund scheint mir bisher nicht hinlänglich gewürdigt worden zu seyn, er kommt aber, zumal in großen Handelsstädten und Seehäfen, ungemein häufig in Betracht, vorzüglich bei Lehrburschen, Gehülfen, Knechten, Matrosen u. s. w., und zwar so sehr, daß bisweilen, wenn man nicht übertrieben hart seyn will, fast nur die Wahl bleibt, entweder den Fall ganz straflos zu lassen, oder eine körperliche Züchtigung zu verhängen. Schon eine Freiheitsstrafe von 14, ja von 8 Tagen kann es, auch bei gutem Willen des Brodherrn, des Schiffscapitains u. s. w. dahin bringen, daß der Sträfling entlassen wird, weil augenblicklich ein solcher Arbeiter nicht zu entbehren war, also ein andrer angenommen werden mußte. Nach überstandener Strafe ist der Mensch dann brodlos, und geräth auf Abwege. Oder der Brodherr wird in Verlegenheit gesetzt, und so einem unschuldigen Dritten Schade bereitet. Man denke an segelfertig liegende Schiffe, an Bau- und ähnliche Arbeiten, die unter Conventionalstrafe zu einer gewissen Zeit fertig geliefert werden müssen, und wo dann oft keine gleich gute oder überall keine Stellvertreter zu haben sind, u. s. w. Wahrlich die Männer, die soviel über die Inhumanität der körperlichen Züchtigungen sagen, wissen nicht was sie thun, sie sind es vielmehr, die mit ihren Freiheitsstrafen den Richter zwingen, grausam zu seyn. Unsre Freiheitsstrafen sind überhaupt viel zu lang; man beraube sich doch nicht eines so zweckmäßigen Mittels zur *Ausgleichung solcher Härten*!

3) Weil es durch dieſe Strafart bisweilen allein möglich wird, die übelen Folgen der Freiheitsſtrafen von noch unverdorbenen Sträflingen abzuwenden. Daß dieſe Gefahren bei der bisherigen Beſchaffenheit faſt aller unſerer Strafanſtalten und Gefängniſſe vorhanden ſind, wird niemand beſtreiten. Man verſetzt ſich aber mit einem kühnen Sprunge aus dem Reich der Wirklichkeit in das des Ideals, und poſtulirt, der Staat ſolle für gute Strafgefängniſſe ſorgen. Unſtreitig! Aber wie manches Jahr wird noch darüber hingehen, ehe das überall zur Wirklichkeit wird [10]). Und ſelbſt wenn die größeren und Hauptſtrafanſtalten beſſer wären; wie ſollen ſo koſtſpielige Einrichtungen, als ein rationell gebauetes Strafgefängniß erfordert, in den Gefängniſſen kleinerer, beſonders ländlicher Jurisdictionsbezirke ins Leben gerufen werden? Da können Fälle eintreten, wo nicht einmal einſame Haft ausführbar iſt. Der Transport nach einer, vielleicht mehrere Tagereiſen weit entfernten Hauptſtrafanſtalt würde in manchen Fällen ebenfalls bedenklich und unangemeſſen erſcheinen.

4) Weil manche zu beſtrafende Subjecte ſich aus den Freiheitsſtrafen wenig machen. Hieher gehört vornehmlich die Klaſſe der Gauner und Vagabunden, wiewohl auch manche andre Individuen zu gewiſſen Zeiten, z. B. im Winter, wo Bauten, Schifffahrt u. ſ. w. ſtocken, dahin zu zählen ſind. Gegen Landſtreicher, die gewöhnlich nur kleine Delicte verüben, hat man ſelten Anlaß, lange Freiheitsſtrafen, durch die auf ihre Beſſerung gewirkt werden könnte, zu erkennen. Und welcher Staat wird ſich überhaupt berufen fühlen, ausländiſches Geſindel dieſer Art mit ſchweren Unkoſten in einer Pönitentiaranſtalt zu beſſern? Ein ſo philanthro-

10) Vgl. Röllner, a. a. O. S. 148.

piſcher Staat würde durch freundnachbarlichen Zuſchub andrer Staaten bald ein allgemeines réservoir aller nur irgend loszuwerdenden Vaganten werden.

Wenn angeführt wird, daß die Vaganten in Ländern, wo körperliche Züchtigung gegen ſie angewandt wird, nicht ſeltner vorkommen, daß eben die, welche ſchon öfter gepрügelt wurden, von den Gensd'armen wieder aufgegriffen werden [11]), ſo möchte ich die genaueren Details kennen. Die Erfahrung hat mich belehrt, daß Landſtreicher die Territorien, wo ihnen Stockprügel drohen, vermeiden, wohl zu merken, wenn die Polizei dort eben ſo gut iſt, als in anderen, wo die Prügel abgeſchafft wurden. Es iſt überhaupt mit der criminaliſtiſchen Statiſtik eine eigene Sache, und man muß damit höchſt vorſichtig verfahren, um nicht zu irren. Die Zu- oder Abnahme der Verbrechen während gewiſſer Zeiträume hängt ſo oft von Zufälligkeiten ab, daß erſt mehrjährige, oft vieljährige Beobachtungen und Prüfungen aller Nebenverhältniſſe zu ſicheren Reſultaten führen. So z. B. fallen in Hamburg an den langen Sommertagen und bei anhaltender großer Hitze die meiſten Exceſſe und Raufhändel vor; die ärmere Klaſſe treibt ſich, wegen der Wärme in den engen Wohnungen, halbe Nächte vor denſelben oder auf der Gaſſe umher. Wenn nun ein naſſer ſchlechter Sommer eintritt und damit weniger Exceſſe dieſer Art: folgt daraus etwas für die Zunahme der Sittlichkeit, oder bei etwa verändertem Straffyſtem für die größere Zweckmäßigkeit des neuen Syſtems? Ebenſo im Winter. Gelinde Winter, welche die Schifffahrt nicht ſtören, oder kalte Winter, in denen viel Schnee fällt [12]), ſind für die arbeitende Klaſſe wohlthä-

11) Mittermaier, im Archiv des Criminalrechts, 1838, S. 83.

12) Die Reinigung der Gaſſen von Eis und Schnee iſt in langen und harten Wintern, grade in der Zeit, wo Bau- und

tiger als andre, in jenen kommen daher weniger Eigenthumsverletzungen vor; wiewohl andrerseits auch dies wieder Ausnahmen leiden kann. Wenn z. B., wie dies vor einigen Jahren eintrat, in einem gelinden Winter eine ungewöhnlich große Getreidezufuhr Statt findet, so daß Hunderte beim Umladen und Bearbeiten des Korns Beschäftigung finden, die sonst an einem Betriebe, wo die Versuchung zu Diebereien so groß ist, nicht Theil nehmen, so kann, trotz der günstigen Umstände, die Zahl der Diebstähle merklich zunehmen. Ich kann daher auch Anführungen, wie der, daß in einem Gerichtssprengel während eines Jahres trotz der abgeschafften Prügelstrafe die Vergehen abgenommen haben [13]), fast gar keinen Werth beilegen. Selbst wenn ähnliche Erfahrungen in einzelnen Bezirken während längerer Zeiträume vorgekommen wären, könnte das auch in der Bequemlichkeit oder Ueberhäufung der Beamten mit Geschäften seinen Grund haben, indem man an die Beamten vielleicht unerschwingliche Ansprüche macht, wenn sie jeden kleinen Exceß, um ihn mit Sicherheit bestrafen zu können, gleich einer schweren Criminalsache regelrecht instruiren sollen [14]).

5) Was endlich das Schimpfliche der Strafe betrifft, so möchte auch das Argument, daß doch von jeher bei'm Militair, bei dem die Ehre soviel gilt, Schläge häufig angewandt wurden, noch einige Rücksicht verdienen. Wie hart war nicht grade in dieser Hinsicht die Disciplin bei den Römern, und doch eroberten die „ge-

andre Arbeiten aufhören und die Schifffahrt still liegt, ein wichtiges Erwerbsmittel für die ärmste Klasse in Hamburg; außer dem, was Privatpersonen dafür bezahlen, kostet sie den Staat bisweilen 15000 Rthlr. pr. Cour. und darüber. Fehlt der Schnee, so fehlt größtentheils diese Erwerbsquelle.

13) von Jagemann, im Archiv des Criminalrechts, 1841, S. 267, Note 53.

14) Ebendaselbst, S. 267.

prügelten" Legionen die Welt. Daſſelbe war der Fall bei den Preußen unter Friedrich II., und iſt es noch in Oeſterreich und bei den Engländern, ſowohl bei der Land- als Seemacht. Dagegen mag nicht angeführt werden, daß jene preußiſchen und engliſchen Truppen nur aus geworbenen Soldaten beſtanden; denn ſie ſchlugen ſich und ſchlagen ſich noch vortrefflich, ebenſo wie Conſcribirte. Widerſpricht es mithin der Ehrenhaftigkeit des Soldatenſtandes nicht, daß einzelne Mitglieder deſſelben bei ſchlechtem Betragen körperliche Züchtigung erleiden, ſo ſollte man meinen, daß auch unter anderen Verhältniſſen ein Gleiches eintreten könne, ohne daß das allgemeine Gefühl der bürgerlichen Ehre darunter leide. Bei'm Militair ſcheint die Strafe ſogar durch das Herkommen von unten auf (nicht durch Anordnung von oben her) entſtanden zu ſeyn, gleichſam als Sühne, jedem einzelnen Kameraden gegenüber, indem ſie nicht durch den Büttel, ſondern von jedem Kameraden vollzogen ward. (Daher auch wohl der Ausdruck: Regimentsſtrafe). Es verdiente dies näher unterſucht zu werden. Mich hat auf dieſen Gedanken die, wenigſtens zur Zeit der franzöſiſchen Occupation des nördlichen Deutſchlands bei den Franzoſen herrſchende Sitte gebracht, nach welcher ein Soldat, der ſich eines Diebſtahls oder eines ähnlichen ſchimpflichen Vergehens ſchuldig gemacht hatte, von den Kameraden mit den Schuhen geſchlagen ward, was urſprünglich nur eine Beſchimpfung ſeyn ſollte, nicht ſelten aber eben ſo ernſthaft ausfiel, als die abgeſchaffte Spießruthenſtrafe.

Zum Schluß *noch* einige Worte über körperliche *Züchtigungen als Ungehorſamsſtrafen.* Ich denke

im Wesentlichen über sie wie Röllner [15]), und betrachte sie, wegen der vielen dabei so leicht möglichen Mißbräuche, nur als ein nothwendiges Uebel, welches nicht zu entbehren ist, so lange das bisherige Princip des deutschen Strafverfahrens beibehalten wird; und ob dies mit einem anderen zu vertauschen, dürfte ebenfalls noch zweifelhaft seyn. Denn man mag sagen, was man will, das Geständniß bleibt doch die regina probationum. Man sollte den tiefen moralischen Eindruck nicht übersehen, den ein endlich abgelegtes Geständniß auf den Inquisiten selbst macht, um dessen Bedeutung für den Criminalbeweis recht zu würdigen. Die juridische Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit, mit der man sich vorher begnügen mußte, wird nun erst zur vollen materiellen Gewißheit. Auf jeden Fall soll man sich hüten, auch hier aus mißverstandener Humanität den Inquirenten die Hände zu binden, wenn es sich um rückfällige Verbrecher und um Landstreicher und Gauner handelt. Letztere sind in der That eine zu große Plage für die Behörden und für das Publikum, als daß es sich rechtfertigen ließe, mit ihnen viele Umstände zu machen. Besonders kommt hier die Klasse von Vaganten in Betracht, die, ohne alle Legitimationspapiere umherziehend, sich wohl gar absichtlich arretiren lassen, wenn der Winter herankommt, oder die sich freiwillig in Schutzarrest begeben, um eine Zeitlang ein Unterkommen zu finden, bis sie, den Zugvögeln gleich, mit dem Frühjahr weiter ziehen. Diese Subjecte kommen, aller Vorsichtsmaaßregeln ungeachtet, überall durch, und ziehen sich besonders gern nach den großen Städten hin, die überhaupt für alle Gauner eine eigenthümlich anziehende Kraft haben. Um es ganz würdigen zu können, ob es inhuman ist, gegen sie körperliche Züchtigungen als Ungehorsamsstrafen anzu-

15) A. a. O. S. 174 fgg.

wenden, muß man freilich ſelbſt als Polizeibeamter mit ihnen zu thun gehabt, und beſonders das Lehrgeld bezahlt haben, das ein ſolcher Beamter faſt immer erſt geben muß, ehe er gewitzigt wird. Durchdrungen von Rechtlichkeitsgefühl, feſt überzeugt, daß keine Behörde irgend eines deutſchen Territoriums wiſſentlich die Wahrheit verleugnen werde, tritt er, gleich Schiller's „beſſerem Menſchen" in ſein Amt, „mit kindlichem Vertrauen." Ihm geräth ein ſolcher Vagant in die Hände, und fängt an, ſeine Mährchen zu erzählen. Der Beamte ſchreibt nach Oſt und nach Weſt; kein Menſch will von dem Individuum etwas wiſſen. Eine Woche vergeht nach der andern. Der Arreſtant muß täglich geſpeiſt werden, und nimmt ſeinen Platz in dem ohnehin überfüllten Arreſthauſe ein. Er wird zur Strafe für ſeine Lügen (die er gleichwohl nie an ſich kommen läßt) mit magerer Koſt oder Dunkelarreſt beſtraft, und erträgt das ruhig, ſehr wohl wiſſend, daß es damit nicht lange dauern wird. Oder er hat gar, was mindeſtens bei der Hälfte der Fall iſt, die Krätze oder einen Beinſchaden, und iſt nun vor ſolchen Strafen geſichert und bekommt obendrein Hoſpitalverpflegung. Der arme Beamte! Endlich erläßt er eine Bekanntmachung, worin er ſeinen Arreſtanten haarklein beſchreibt, und fordert alle Behörden auf, die etwas über denſelben wiſſen, es anzuzeigen. Mit nächſter Poſt ſieht er einer Antwort entgegen. Aber es erfolgt nichts. Ganz Deutſchland ſcheint verſchworen zu ſeyn, den Arreſtanten nicht zu kennen, wenn nicht etwa eines Verbrechens wegen ein Steckbrief auf ihn läuft. Inzwiſchen iſt das Frühjahr herangekommen. Der Vagant hat ſeinen Zweck erreicht, bis auf den Punkt, wieder in Beſitz irgend eines Legitimationspapiers zu gelangen. Er deponirt jetzt: „er wolle nun die Wahrheit ſagen. Er gehöre *da und da zu Hauſe*, oder er ſey aus dem und dem

Landarmenhauſe entſprungen, wo die Koſt allzuſchlecht geweſen. Er bitte nur um eine Marſchroute dorthin, und verſpreche hoch und theuer, nie wieder zu kommen. Ohne ſolchen Laufpaß komme er nicht durch. Schreiben dürfe man aber nicht vorher, denn ſie ſeyen im Landarmenhauſe froh, ihn los geworden zu ſeyn, weil es überfüllt ſey." Der unerfahrene Beamte geht in die Falle. Nach einiger Zeit bekommt er ſeinen Schützling im Wege des Transports zurück, da man, in Ermangelung eines Annahmeſchreibens, das Individuum nicht weiter paſſiren laſſen könne, und daſſelbe daher nach dem Ort der Ausſtellung des Paſſes zurück dirigirt habe. Während deſſen iſt der Laufpaß von einer Unzahl beſonders ländlicher Behörden als gewöhnlicher Paß behandelt und mit Viſa's bedeckt worden. Jedermann war froh, den Zugvogel mit ſo guter Manier los zu werden. Der Vagant lacht ins Fäuſtchen; freilich wird ihm nun der Laufpaß abgenommen und er am Ende mit einem Zehrpfennig über die Grenze gebracht, allein er kann nun bei nächſter Gelegenheit deponiren: da und da ſey ihm zuletzt ein Paß ausgeſtellt worden, den er verloren habe; und da ein ſo ſpecieller Umſtand nicht füglich abzuleugnen iſt, ſo kann ſich unſer Beamter darauf gefaßt machen, daß ihm der Gauner noch mehr als ein Mal zugeſchoben wird, wenigſtens ihm läſtige Verhandlungen zuzieht. Anders verfährt der erfahrne Beamte, wenn ihm nicht die Humanität legislatoriſcher Theoretiker Feſſeln angelegt hat. Einige Hiebe bei der erſten Lüge thun faſt immer vortreffliche Wirkung. Dieſe ſchlaffe und dabei tückiſche Klaſſe kennt ihre ſchwache Seite ſelbſt am beſten, ſie nennt den Stock oder die Karbatſche die Regierung [16]), und man würde alſo

16) von Train Cochemer Loſchen. Wörterbuch der Gaunerſprache, S. 97.

recht eigentlich das Regiment aus den Händen geben, wollte man sie für prügelfrei erklären. Der Himmel behüte alle Beamten davor, wenigstens so lange noch das bellum omnium contra omnes über das Heimathsrecht unter den deutschen Regierungen fortdauert. Was für Zumuthungen bei diesen verdrießlichen Verhandlungen bisweilen vorkommen, das muß man erfahren haben, um es zu glauben. So wurde z. B. einst der hamburger Polizei von dem Magistrat einer kleinen Stadt deducirt, daß ein Mädchen, welches während kurzer Zeit in Hamburg als Freudenmädchen einregistrirt gewesen war, dadurch das Heimathsrecht in Hamburg erworben habe. Von einer andern Behörde ward verlangt, daß die hamburgische Polizei gegen einen Rittergutsbesitzer, der die Aufnahme eines verarmten Angehörigen verweigerte, ein contradictorisches gerichtliches Verfahren einleiten solle. Wie sehr wäre zu wünschen, daß der Vorschlag der preußischen Regierung zu einer Convention über das Heimathsrecht und die Aufnahme der Vaganten, mit ähnlichem Erfolge gekrönt würde, als die Anträge zur Schließung des Zollverbandes!

V.

Beiträge zu dem Verbrechen der Blasphemie, durch Rechtsfälle erläutert

von

Herrn Dr. Freiherrn von Preuschen,

Herzoglich Nassauischem Hofgerichts-Assessor.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI. 1841. 2tes Stück.)

Wir haben jetzt noch zu zeigen

B. Welchen Einfluß der Gesichtspunkt, aus welchem die Blasphemie zu betrachten ist, auf den Umfang und die Strafbarkeit dieses Verbrechens in legislativer Hinsicht hat.

Schon in den ältesten Zeiten wurde die Blasphemie als ein Verbrechen gegen die Gottheit betrachtet, wodurch überdies Gott zum Zorne gereizt, und die angethane Beleidigung am ganzen Lande furchtbar räche. Diese Ansicht findet sich schon bei den Juden in den früheſten Zeiten, sie liegt den Römisch-Justinianischen Strafbestimmungen über Blasphemie zu Grunde, und ebenso den deutschen Reichsgesetzen und den älteren deutschen Particulargesetzen bis in das achtzehnte Jahrhundert.

Dieses mußte den Einfluß haben, daß dieselbe mit den höchsten Strafen bedroht wurde. Daher heißt es in der P. G. O. Art. 106: „Item so einer Gott zumist, „das Gott nit bequem ist, oder mit seinen Worten das

„jm zusteht abschneidet der allmechtigkeyt Gotts, seine „heilige Mutter, die Jungfrau Marie schändet, sollen „durch die amptleute oder Richter von amptswegen ange„nommen, eingelegt, und darumb an Leib, Leben oder „Gliedern nach Gelegenheit und Gestalt der Person und „Lesterung gestraft werden."

Eben so heißt es in der R. P. O. von 1577. Tit. 1. §. 2: „Nemlich so Jemand was Würden oder Standes „der wäre hinführo Gott zumessen würde, das seiner „göttlichen Majestät und Gewalt nicht bequeme, oder mit „seinen Worten dasjenige so Gott zusteht, abschneiden „wollte, als ob Gott ein Ding nit vermögte oder nit ge„recht wäre, oder sonst dergleichen freventliche und verächt„liche Lästerworte ohne Mittel, in und wider Gott und „die Allerheiligste Menschheit unseres Erlösers Jesu Christi, „oder die göttlichen Sacramente reden; der soll am Leben „oder mit Benehmung etlicher Glieder, wie sich das nach „Gewohnheit der Personen und geübten Gotteslästerung „auf Ordnung der Rechten eignet und gebührt, peinlich „bestraft werden."

Ja selbst wer eine Gotteslästerung mit anhörte und sie binnen 8 Tagen nicht anzeigte, wurde mit Strafe bedroht. R. P. O. v. 1577. Tit. 1. §. 2 u. 4. Die Nassau-Catzenellenbogische Polizeiordnung von 1697. §. 9. verordnet: „Und nachdem es auch leider die Erfahrung gibt, daß viel Leut des Schwörens und Fluchens bey der Kraft und Macht Gottes, Item bey den Elementen, Wundern, Marter und Sacramenten unseres einigen Erlösers und Seeligmachers Jesu Christi, sich freventlicher boshaftiger Weiß nicht allein gewohnen; sondern auch gegen Gott den Herrn freventlicher verächtlicher Lästerungen sich gelüsten lassen: damit all solchem Uebel vorkommen und Gottes des Herrn gerechten Zorn nicht sowohl über die Obrigkeit als *solche Flucher und Gotteslästerer* gezogen wird: So setzen,

ordnen und wollen wir; würde sichs zutragen, daß Jemand freventlicher verächtlicher Lästerworte ohne Mittel, in oder wider Gott, oder die heiligen Sacramente reden und aussprechen würde: So soll derselbig Gotteslästerer in Kraft der in anno 1530 und folgends anno 1548 wie auch ferners in anno 1577 in das heilige Reich publicirte Polizeyordnung erstenfalls am Leben, und andernfalls mit Benehmung etlicher Glieder, wie sich nach Gelegenheit der Personen und geübter Gotteslästerung auch Ordnung eignet und gebühret peinlich gestraft, und hierneben auch ein jeder, so solche Gotteslästerung gehört, und nicht wie sich in Kraft obenangezogener und diese Unsere Polizeyordnung gebührt dieselbe uns oder Unseren jedes Orts habenden Beamten würde angezeigt haben, zur willkührlichen Straf gezogen werden."

Von den Gesetzen der neueren Zeit über diesen Gegenstand ist das französische Sacrilegiumgesetz vom Jahr 1825 besonders merkwürdig wegen seiner Strenge. Nachdem die Blasphemie in dem Code pénal von 1810 ganz mit Stillschweigen übergangen war, sollte nach diesem Gesetz derjenige, welcher die geweihte Hostie öffentlich entheiligt hatte, an der Hauptkirche des Orts des begangenen Verbrechens mit dem Tode bestraft werden. Zur Rechtfertigung des Gesetzesvorschlags berief man sich zugleich auf die alte egyptische Gesetzgebung, welche selbst den Meineid als eine Beleidigung der Gottheit mit dem Tode bestraft habe; auf Athen, wo die Gotteslästerung mit dem Giftbecher bestraft worden sey; auf die Gesetzgebung Numa's, nach welcher der Entweiher der heiligen Gefäße in einen ledernen Sack mit einer Natter eingenäht, und in die Tiber gestürzt worden sey; und auf die spätere *Gesetzgebung* des heidnischen Roms. Zur weiteren *Rechtfertigung* des Gesetzes wurde angeführt: „Die ehrwürdige

Abſicht des Geſetzes ſey, den Glauben, wie er von den Voreltern überliefert worden, aufrecht zu erhalten, in dem Geiſte der Völker die religiöſen Geſinnungen zu wecken, welche für das Wohl und die Sicherheit des Staats nothwendig ſeyen; die Ordnung und die Dauer der menſchlichen Geſellſchaften hänge von der Ehrfurcht und dem Schutze ab, welcher der Religion verliehen werde; das Sacrilegium durch Entweihung der heiligen Hoſtie ſey für das ſchwerſte Verbrechen zu achten, nicht weil es ſich von einer Beleidigung der Gottheit handle, denn die ganze Unendlichkeit trenne die Menſchen von dem unendlichen Weſen, das ihn geſchaffen habe; ſondern weil die Religion beleidigt in dem was ihr das Höchſte und Heiligſte ſey, ſo wie auch die bürgerliche Geſellſchaft, deren Intereſſen mit denen der Religion im innigſten Vereine ſtünden. Auf die Bemerkung, daß das Geſetz dahin ſtrebe, die Sünde in das Gebiet des Strafrechts zu ziehen, erwiederte der Siegelbewahrer Graf Peyronnet: „Die Intereſſen der bürgerlichen Geſellſchaft „und der religiöſen Geſellſchaften ſeyen nicht abſolut ge„trennt, ſondern berührten ſich in mehreren wichti„gen Punkten. Es gebe zwar Handlungen, durch „welche nur die Geſetze der Moral und der Religion, „nicht aber das bürgerliche Geſetz verletzt würden. Zu „dieſen gehöre das Sacrilegium, wenn es geheim und „verborgen ohne äußeres öffentliches Aergerniß geſchehe. „Es gehöre dann nur für das Gewiſſen und den Richter„ſtuhl der Gottheit. Sobald es aber in einer öffentlichen „Handlung, in einer materiellen Thatſache ſich zeige, ver„letze es auch das bürgerliche Geſetz, unter deſſen Schutz „die Religion ſtehe. So lange es innerlich ſey, ſey es „die höchſte Sünde, äußerlich werde es das höchſte Ver„brechen.“

Es kann dieſes zwar nicht von der Seite angegriffen werden, von der es Lauk [1]) angegriffen hat, nämlich: daß dieſes Argument zuviel beweiſe; da, wenn es blos auf das Verhältniß, des äußerlichen oder innerlichen einer Handlung ankomme, jede andere Handlung, welche die Religion verletzte, zum Verbrechen würde, ſobald ſie in einer öffentlichen Handlung, in einer materiellen Thatſache ſich zeige, und unter dieſer Vorausſetzung würde ſelbſt die Uebertretung des Faſtengebots ſtrafbar ſeyn, auch könne in dem Unterſchiede, ob eine That im Geheimen oder verborgen bleibe oder nicht, kein genügender Grund gefunden werden, dieſelbe für ein enormes Verbrechen zu erklären; denn daß es blos auf das Verhältniß ankomme, ob eine Handlung öffentlich oder im Verborgenen verübt werde, damit ſie als ſtrafbar erſcheine oder nicht, iſt von Peyronnet gar nicht behauptet worden, ſondern nur, daß es Handlungen gebe, welche im Geheimen begangen nur Sünde ſeyen, öffentlich begangen aber zum Verbrechen würden. Gegentheils iſt die Bemerkung von Peyronnet in ſofern ganz richtig, daß, ſobald man die Gotteslästerung überhaupt in das Gebiet des Strafrechtlichen ziehen will, ſie erſt alsdann zum Verbrechen wird, wenn ſie öffentlich begangen iſt, weil ſie erſt alsdann den Intereſſen des Staats zuwiderläuft, was bei andern unerlaubten Handlungen nicht der Fall iſt. Der Diebſtahl und der Mord z. B. gefährden die Intereſſen Anderer auf gleiche Art, ſie mögen öffentlich oder heimlich begangen werden.

Deſſen ungeachtet ſind die Gründe, welche Peyronnet zur Begründung einer ſo ſchweren Strafe anführt, durchaus unhaltbar: denn daß die Gottheit ſelbſt nicht beleidigt werden könne, iſt hier zugegeben, und wenn gleich

1) Im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. VIII. S. 83.

die kirchliche Gesellschaft in dem was ihr das Höchste und Heiligste wäre, beleidigt werden könnte (was indessen, wie wir im ersten Theil dieser Abhandlung gezeigt haben, nicht geschehen kann), so stünden doch wegen einer bloßen Injurie, auch wenn es die größte wäre, die Todesstrafe außer allem Verhältniß zum Verschulden. Eben so wenig kann aber durch die Rücksicht, daß das Wohl und die Sicherheit des Staates von dem Schutze, welchen die Religion genieße, abhänge, die Todesstrafe als die höchste Strafe gerechtfertigt werden; denn immerhin würde dieses Verbrechen in dieser Beziehung mit einem Angriff, welcher direct gegen den Staat unternommen ist, nicht auf einer Linie stehen. Endlich werden solche grausame Strafen, welche zu dem Verschulden außer allem Verhältniß stehen, am wenigsten geeignet seyn, wahre religiöse Gesinnungen im Herzen der Völker zu wecken.

Es ist daher nicht zu verkennen, daß durch dieses Gesetz ein Rückschritt um viele Jahrhunderte in die Zeiten der Barbarei und Finsterniß gemacht wurde, und in sofern handelte Peyronnet consequent, wenn er sich auch zur Rechtfertigung desselben auf die Gesetzgebung der alten Zeiten, der egyptischen, der Athens und der von Numa berief.

Die neueren deutschen Strafgesetze sind gleich der Praxis weit von der früheren Strenge abgewichen. Schon nach dem Preußischen Landrecht (Th. II. Tit. XX. §. 214 und folg.) soll derjenige, welcher eine im Staate aufgenommene Religionsgesellschaft durch Lästerungen in öffentlichen Reden und Schriften, oder durch entehrende Handlungen und Gebehrden beleidigt, mit Gefängniß- oder Zuchthausstrafe von 4 Wochen bis zu 6 Monaten belegt werden. Der Schuldige ist sodann über seine Pflichten und die Größe seines Vergehens zu belehren; der Rückfall zieht *Verdoppelung der Strafe* nach sich, nach deren Ueber-

ſtehung dem Läſterer ein Lehrer ſeiner Religionspartei in Gegenwart der Gemeindevorſteher die Größe ſeines Vergehens vorhalten, er ſelbſt aber den Vorſtehern der Gemeinde Abbitte wegen des gegebenen Aergerniſſes leiſten ſoll.

Strenger iſt das Oeſterreichiſche Geſetzbuch. Nach dieſem ſoll Th. 1. §. 107—109.) derjenige,

1) welcher durch Reden oder Schriften Gott läſtert;
2) welcher eine im Staate beſtehende Religionsübung ſtört oder durch Mißhandlung an den zum Gottesdienſt gewidmeten Geräthſchaften, oder ſonſt durch Handlungen, Reden und Schriften öffentlich der Religion Verachtung bezeugt;
3) welcher Jemand zum Abfall vom Chriſtenthum zu verleiten ſucht;
4) welcher Unglauben zu verbreiten, oder einen der chriſtlichen Religion widerſtrebenden Glauben auszuſtreuen, oder eine Secte zu ſtiften ſich bemüht,

mit Kerker von 6 Monaten bis zu Einem Jahre beſtraft werden. Iſt durch ſolche Handlungen öffentliches Aergerniß gegeben, eine Verführung erfolgt, oder gemeine Gefahr mit dem Unternehmen verbunden geweſen, ſo beſteht die Strafe in ſchwerem Kerker von 1 — 5 Jahren. Dieſelbe iſt bei großer Bosheit oder Gefährlichkeit bis auf 10 Jahre zu verlängern.

Nach dem Badiſchen Strafedict von 1803. §. 39. ſoll die Gotteslästerung nicht höher als mit Einjähriger Zuchthausſtrafe oder vierteljähriger Kettenſtrafe beſtraft werden; wieviel ſie aber im einzelnen Falle unter dieſem Maaße bleiben kann, iſt dem vernünftigen Ermeſſen des Hofgerichts überlaſſen.

Nach einem Geſetz vom 1. März 1832 ſoll derjenige, welcher eine im Großherzogthum anerkannte Religionsgeſellſchaft in Druckſchriften oder Bildwerken durch Aus-

drücke der Verachtung oder verächtlichen Darstellung angreift, oder der Verachtung Preis zu geben sucht, mit einer Geldstrafe von 5 — 100 Fl. oder mit einer Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten belegt werden [2]).

In dem Baierischen Gesetzbuch von 1813 und dem Hannoverschen Entwurf von 1824 ist die Gotteslästerung mit Stillschweigen übergangen.

Nach dem neuen Sächsischen Criminalgesetzbuch, in welchem die Gotteslästerung in dem 8ten Capitel des zweiten Theils „von Verletzung der Ehrerbietung gegen die Religion", worin auch der Meineid abgehandelt ist, seine Stelle findet, soll derjenige, welcher die der Religion schuldige Ehrerbietung öffentlich verletzt, mit Gefängnißstrafe von 4 Wochen bis zu Einem Jahre oder Arbeitshausstrafe von 2 Monaten bis zu 2 Jahren belegt werden (Art. 189.). Nach Art. 192. dagegen soll die öffentliche Herabwürdigung von Gegenständen der Verehrung einer im Staate anerkannten Religion mit Gefängnißstrafe von 1 — 6 Monaten bestraft werden.

Nach dem neuen Würtembergischen Gesetz Art. 192. soll derjenige, welcher die Gegenstände der Verehrung einer im Staate anerkannten Religionsgesellschaft, oder ihre Lehren, Einrichtungen und Gebräuche durch Ausdrücke des Spottes oder der Verachtung öffentlich in Rede, Schrift oder bildlichen Darstellung, oder durch beschimpfende Handlungen herabwürdigt, mit Gefängniß bis zu 2 Jahren bestraft werden. Nach dem Entwurf sollte für dergleichen Handlungen nur Gefängnißstrafe bis zu 6 Monaten eintreten, und war in den Motiven hierzu bemerkt, daß einem weiteren Antrag, in diesem Artikel auch die nicht öffentlich, sondern nur in einem engeren Kreise

2) Nach diesem Gesetz wurde, wie bereits oben erwähnt, Dr. Gutzkow wegen der im Roman Wally begangenen Blasphemie bestraft.

vorgebrachten gottesläſterlichen Aeußerungen aufzunehmen, keine Folge zu geben wäre; weil dergleichen Aeußerungen, nach den heutigen Begriffen, als weder Rechte verletzend, noch (nach der Annahme, daß ſie nur im engeren Kreiſe vorgebracht worden) Religioſität und Sittlichkeit in höherem Grade gefährdend, nicht mehr Gegenſtand eines Criminalverfahrens ſeyn können.

Nach dem Entwurf eines Strafgeſetzbuchs für das Großherzogthum Heſſen ſoll derjenige, welcher den Glauben an Gott, die Religion oder Sittlichkeit überhaupt durch Spott oder Hohn antaſtet, oder herabzuwürdigen trachtet, wenn dadurch öffentliches Aergerniß gegeben worden iſt, zu Correctionshausſtrafe bis zu 2 Jahren und, iſt der Schuldige ſelbſt ein Religionslehrer, von 1—4 Jahren beſtraft werden.

Nach dem Norwegiſchen Strafgeſetzentwurf ſoll derjenige, welcher Gottes heiliges Wort oder die Sacramente verhöhnt oder verſpottet, oder auf andere Weiſe mit der öffentlichen Religion des Staates Spott treibt, mit Gefängniß oder Geldbußen, wenn aber die Handlung von Ueberlegung zeigt, mit Strafarbeit fünften Grades beſtraft werden [3]).

Viele dieſer Strafbeſtimmungen, beſonders die Oeſterreichiſche, unterliegen manchen Bedenklichkeiten.

Es iſt bei dieſem Verbrechen zuvörderſt überhaupt ſchwierig, eine richtige Gränzlinie zu ziehen. Bedenklich erſcheint beſonders das Einſchreiten der Staatsgewalt gegen die freie Mittheilung von Meinungen und Anſichten über religiöſe Gegenſtände. Denn 1) auch die legitime Gewalt kann irren, wenn ſie über Glaubensſätze aburtheilt. Jeſus, der Stifter der chriſtlichen Religion, wurde von dem

---

3) *Strafarbeit fünften Grades wird von 6 Monaten bis zu 3 Jahren zuerkannt.*

hohen Rath der Juden für schuldig erachtet. Gewiß wird heutiges Tages in allen christlichen Staaten Niemand ein Urtheil billigen, wodurch derselbe für strafbar erklärt würde. Dessen ungeachtet hat er doch eine andere, als die herrschende Staatsreligion öffentlich gelehrt. Luther wurde durch das Wormser Edict für einen Teufel in Mönchsgestalt erklärt und die Ausbreitung seiner Religionsgrundsätze auf das strengste verboten; und doch sind eben diese Religionsgrundsätze in vielen Ländern Staatsreligion geworden. — 2) Es ist nicht das bloße Aussprechen irreligiöser Grundsätze, sondern der Glaube daran, welcher der Religion gefährlich werden kann; unterdrückt man auch das Aussprechen einer Meinung, so wird dadurch der Glaube daran um so weniger unterdrückt. Es ist daher häufig besser, daß das heimlich Gedachte ausgesprochen werde, damit die Irrthümer nicht allein durch Berufung auf die Lehre der Kirche, sondern durch Gründe widerlegt werden. Eine Meinung kann nicht durch Gewalt oder durch bloßes Berufen auf eine Autorität unterdrückt werden; schon Luther schrieb an seinen Churfürsten Friedrich den Weisen: „Ich fürchte, daß dieweil in unsern Zeiten man nun in aller Welt anhebt zu fragen: „nicht was, sondern warum dies oder das gesagt sey, „selbst wenn ich einen Widerruf thäte, es nicht allein „unglaubwürdig, sondern auch für Spott angesehen „würde, — denn was sie (die Kirche) ohne Grund sagte, „das wird durch mein Widerruf nicht Grund überkommen." Würden dagegen die verkehrten Meinungen durch Gründe widerlegt, so werden diejenigen, welche dieselben auszustreuen versuchen, keinen Anklang finden. Es wird auf diese Art eine öffentlich vorgebrachte irrige Meinung durchaus keinen Nachtheil verursachen können, weil es nicht möglich ist, hierdurch das *Publicum irre zu führen*, indem gerade aus dem Kampf

der Meinungen die Wahrheit um ſo ſiegreicher hervortritt. „Das Rechte" ſagt der würdige Profeſſor Paulus zu Heidelberg — „dies ruft uns die Tendenz der Menſchengeſchichte im Ganzen zu — das Rechte muß doch immer recht behalten." La raison finira par avoir raison.

VI.

Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung der Verbrechen.

Von

H. A. Zachariä.

I.

Ueber die Unterbrechung der Criminal-Verjährung.

Die Lehre von der Verjährung der Verbrechen nach heutigem gemeinen Rechte gehört bekanntlich zu den beſtrittenſten Materien des Criminalrechts, indem nicht blos die Gültigkeit der Verjährung wenigſtens für den Unterſuchungs-Proceß (ohne hinreichenden Grund) in Zweifel geſtellt wird, ſondern auch über die einzelnen dabei vorkommenden Fragen die verſchiedenſten Anſichten herrſchen [1]).

Beſonders ſind auch über die ſ. g. Unterbrechung der Verjährung mancherlei Controverſen entſtanden, und zwar theils über die Frage, wodurch eine ſolche Unterſuchung bewirkt werde? theils darüber, welche Wirkung die Unterbrechung habe, wenn der Proceß nachher wieder liegen blieb? Die Verſchiedenheit der darüber aufgeſtellten Mei-

1) Vergl. die erſt nach Niederſchreibung dieſes Aufſatzes dem Verfaſſer zugekommenen „Beiträge zur Lehre von der Verjährung der peinl. Strafe, meiſt polemiſchen Inhalts, von C. A. Gründler", in dieſem Archive, Jahrg. 1841. S. 512 f.

nungen ſcheint einen doppelten Grund zu haben: einmal den, daß man die Fragen mehr durch ſ. g. Folgerungen aus der Natur der Sache beantwortete, die allerdings volle Gültigkeit haben, wenn ſie die Sache, wie ſie wirklich iſt, zur Grundlage nehmen, die aber nicht von Werth ſeyn können, wenn man ſich dabei über die Beſtimmungen unſeres poſitiven Rechts hinwegſetzt, oder dieſelben ignorirt; und andern Theils den, daß man meinte, die blos für den Anklage-Proceß berechneten Beſtimmungen des römiſchen Rechts könnten auf den Unterſuchungs-Proceß keine Anwendung finden, womit man ſogar die ganze Verjährung für die heutige Anwendung weg zu demonſtriren ſuchte.

Man hätte bedenken ſollen, daß Verbrechen und Strafen, ſie mögen nun im Anklage- oder Unterſuchungs-Proceſſe verfolgt werden, dieſelben ſind, und daß, wenn auch der Unterſuchungs-Proceß in gewiſſem Sinne der Natur des Verbrechens mehr entſpricht und ſeine Entwickelung der mehr und mehr in das Bewußtſeyn tretenden Idee der Strafe als einer dem Staate ſchuldigen Buße zu verdanken hat, der Unterſchied im Uebrigen doch ein blos formeller iſt, während die ſ. g. Eſſentialien des Verfahrens, Anſchuldigung, Unterſuchung, Vertheidigung u. ſ. w. ſich in beiden auf gleiche Weiſe unterſcheiden laſſen. In ſofern wird man es alſo als irrelevant betrachten müſſen, ob die Geſetze bei einer das Materielle erfaſſenden, mittelbar wenigſtens z. B. die Beſtrafung ausſchließenden, Beſtimmung den Accuſations- oder Inquiſitions-Proceß im Auge haben, ſobald nur eben das Materielle ſich in Beiden auf gleiche Weiſe findet. Wenn alſo die Geſetze das Recht des Staats zur Verfolgung des Verbrechens nach *einer gewiſſen* Zeit, wie es bei der Criminal-Verjährung *der Fall iſt*, für erloſchen erklären, ſo iſt es für die fort*dauernde poſitive* Gültigkeit dieſer Beſtimmung an ſich

einerlei, ob sie unter der Herrschaft des Anklage- oder Untersuchungs-Processes gegeben war, und ob die eine oder die andere Form von einer spätern verdrängt worden ist, was man in Beziehung auf die behauptete Unanwendbarkeit der Criminal-Verjährung auf unser Untersuchungs-Verfahren um so weniger hätte übersehen sollen, als die Einführung und allmählige Ausdehnung desselben auf alle Verbrechen blos den Sinn hatte, daß der Richter, wo sich kein Kläger fände, selbst als Kläger auftreten solle.

Demnach hätte man auch bei der Anwendung römischer Gesetzesstellen über die Criminal-Verjährung, wenn dabei das Anklage-Verfahren oder einzelne Acte desselben in Bezug genommen sind, nicht mit dem oft wiederholten Einwande hervortreten sollen, daß sie auf den Untersuchungs-Proceß nicht paßten; sondern vielmehr die Frage aufwerfen müssen, wie die gesetzliche Bestimmung mit dem Inquisitions-Processe zu vereinigen und welcher Act des letztern der in Bezug genommenen Handlung des Anklage-Processes als entsprechend zu betrachten sey? Daß dieser so natürliche Standpunkt nicht festgehalten wurde, hat die meisten Schriftsteller über die Criminal-Verjährung irre geführt und auch z. B. noch Unterholzner, dessen Darstellung (im 10ten Buche der ausführlichen Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, Leipzig 1828. Th. II. S. 435 f.) als die letzte umfassendere Bearbeitung dieser Materie noch jetzt zu betrachten ist, zum Aussprechen unrichtiger Ansichten veranlaßt.

Was nun zunächst die erste der oben angedeuteten Fragen betrifft, wodurch, unter Voraussetzung des Inquisitions-Processes, eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt werde? so ist bekanntlich darüber hin und her gestritten worden, ob die Criminal-Verjährung schon durch die s. g. General-Untersuchung, oder

erſt durch die Special-Inquiſition unterbrochen werde [2]): ein Streit, der ſchon wegen der unglückſeligen Verwirrung der Begriffe von General- und Special-Unterſuchung zu keinem gedeihlichen Reſultate führen konnte und auch da, wo man ſich blos auf Folgerungen aus dem bald ſo, bald ſo aufgeſtellten Grunde oder Zwecke der Criminal-Verjährung beſchränkte, eine verſchiedene Entſcheidung erhalten mußte.

Das römiſche Recht in der L. 29. §. 7. D. ad Leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) eine beſtimmte Entſcheidung der Frage für den Anklage-Proceß enthält, war allerdings den Meiſten bekannt; ohne Grund meinte man aber davon keinen Gebrauch machen zu können. Wenn es nun aber in der angeführten Stelle, die freilich nur von der praescriptio quinquennii ſpricht, aber unbedenklich auch bei der praescriptio viginti annorum Anwendung findet, heißt:

> Quinquennium autem ex eo die accipiendum est, (ex) quo quid admissum est, et *ad eum diem, quo quis postulatus postulatave est*, et *non ad eum diem, quo judicium de adulteriis exercetur*";

ſo läßt ſich hieraus auch für den Inquiſitions-Proceß eine beſtimmte, auch der Natur der Sache entſprechende Entſcheidung der obigen Frage entnehmen. Mag man nun auch darüber ſtreiten können, was hier unter dem Ausdrucke postulare zu verſtehen, und ob damit blos die förmliche Anmeldung und Einzeichnung der Anklage (inscriptio et in crimen subscriptio) oder die Ladung des Angeklagten gemeint ſey, obwohl das Erſtere wohl als das Richti-

2) Eine Abhandlung von v. Wening-Ingenheim über dieſe *Frage*, im Neuen Archive des Criminalrechts Bd. VI. S. 228 f. *betrifft blos* das baieriſche Strafgeſetzbuch, enthält aber auch *manche, allgemeinere* Beachtung verdienende, Bemerkungen.

gere betrachtet werden muß [3]), — ſo ſind doch folgende zwei Negativen als feſtſtehend zu betrachten: 1. Es iſt nicht erforderlich, daß der förmliche Proceß ſchon begonnen habe, wobei man im Inquiſitions-Proceſſe an das articulirte Verhör des Angeſchuldigten denken kann; es iſt aber auch 2. nicht genug, daß der Richter überhaupt die Unterſuchung wegen des beſtimmten Verbrechens durch Sammlung der Spuren oder Beweiſe des Thatbeſtandes, oder Ermittlung von Verdachtsgründen gegen die Perſon des Thäters begonnen habe, eben ſo wenig wie die vorbereitende Thätigkeit des Anklägers, um die zur Stellung der Anklage erforderlichen Beweiſe zu ſammeln, für genügend erklärt iſt; ſondern es muß ſich die richterliche Thätigkeit, wenn ſie eine Unterbrechung der Verjährung bewirken ſoll, ſchon gegen die Perſon des Angeſchuldigten ſelbſt in der Weiſe gerichtet haben, daß ſie den beſtimmten Willen, ihn wegen des Verbrechens zur Unterſuchung zu ziehen, zweifellos darlegte. So wenig es hiernach eines Theils genügen kann, wenn z. B. der Thäter blos als Zeuge in der Unterſuchung vernommen worden iſt, ohne ihn einen Augenblick wirklich als Angeſchuldigten behandelt zu haben, eben ſo wenig kann andern Theils gefordert werden, daß Ladung, Verhaftung, Erlaſſung von Steckbriefen u. dergl. Statt gefunden haben müſſe; ſondern es kann ſchon hinreichend ſeyn, wenn z. B. nur die Einleitung der Unterſuchung gegen den Thäter gerichtsſeitig erkannt oder dieſe Abſicht des Gerichts in den Acten deutlich ausgeſprochen worden iſt, ſollte auch, aus dem einen oder andern Grunde, weiter keine Handlung, welche die Stel-

3) Zufolge der allgemeinen Bedeutung von postulare in L. 1. §. 2. D. de postul. (III. 1.) „Postulare autem est, *desiderium suum* vel amici sui, *in jure apud eum*, qui jurisdictioni *praeest*, *exponere.*" Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 469. Not. 878.

lung des Thäters vor Gericht bezweckt, hinzugekommen seyn.

Hinsichtlich der zweiten Frage: Welche Wirkung die Unterbrechung habe, wenn der Proceß nachher wieder liegen blieb? giebt es bekanntlich auch sehr verschiedene Ansichten. Einige, die Verjährung mit der Unterbrechung ganz als ausgeschlossen betrachten, Andere betrachten dagegen die Unterbrechung dann als ganz wirkungslos. Eine dritte Meinung läßt mit Endigung des letzten gerichtlichen Actes die Verjährung des Verbrechens noch einmal beginnen und in der gesetzlichen Zeit beendigen; eine vierte Meinung nimmt dann zur Forderung einer außerordentlichen Verjährungszeit nach Analogie der civilrechtlichen Verjährung der res litigiosa ihre Zuflucht, u. s. w.

Auch bei dieser Frage scheint mir die heutige Anwendung einer im römischen Rechte gegebenen Entscheidung keinem vernünftigen Bedenken zu unterliegen. Es ist die bekannte L. 31. D. ad Leg. Jul. de adult. coerc. (48. 5.), welche sagt:

> Quinquennium non *utile*, sed *continuo* numerandum est. Quid ergo fiet, si prior *mulier* rea facta sit, et ideo *adulter* eodem tempore reus fieri non potuit, et diu tracta lite quinquennium transierit? Quid si is, qui intra quinquennium quem postulaverat, non peregerit? aut praevaricatus est, et alius eundem repetere velit et quinquennium transactum sit? *Aequum est, computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit.*

Halten wir uns hierbei blos an den dispositiven Theil des *Gesetzes*, so ist die Entscheidung obiger Frage durch den *Schlußsatz* so klar wie möglich gegeben, d. h. es soll

die Zeit, welche über der gerichtlichen Verhandlung verfloß, nicht in die Verjährungszeit eingerechnet werden, woraus also von selbst folgt, daß von dem Augenblick an, wo die letzte gerichtliche Handlung beendigt war, die gesetzliche Verjährungszeit wieder zu laufen beginne, so daß bei der Erhebung der neuen Anklage es darauf ankommt, ob mit Abrechnung jener Zeit, während welcher der Lauf der Verjährung gehemmt war, das gesetzliche quinquennium u. s. w. erfüllt war oder nicht.

Aber, hat man gesagt [4]), „es ist klar, daß die Gründe nicht auf das Untersuchungsverfahren passen: denn wenn schon einmal eine Untersuchung Statt gefunden hat, die aber blos zu einer Lossprechung von der Instanz geführt hatte, und nun, bei erneuertem Verdachte, die Untersuchung wieder aufgenommen werden soll, wie könnte man hier sagen, daß die frühere Untersuchung habe abgewartet werden müssen, ehe die neue Untersuchung anfangen konnte"? Also auch hier wieder der oft wiederholte Einwand: was für das Anklage-Verfahren bestimmt sey, passe nicht für den Untersuchungs-Proceß, ohne daß man sich die Mühe gegeben hätte, das Warum näher zu begründen! Was Unterholzner in den angeführten Worten äußert und eben nicht sehr verständlich ist, bezieht sich offenbar auf den ersten in der L. 31. cit. angeführten Fall, welchem die eigenthümlichen Anordnungen der Lex Julia de adulteriis über die successive Accusatio wider die des Adulteriums Schuldigen: Quid ergo fiet, si mulier u. s. w. Von dieser Art von Praejudicium kann bei uns natürlich keine Rede seyn. Aber ein ganz analoger Fall wäre der, wenn

4) *Unterholzner* a. a. O. S. 473 f. — Wörtlich als eigne Ansicht wiederholt von Gründler a. a. O. S. 530.

für eine Strafſache eine Civilſache wirklich präjudiciell wäre, wo dann auch auf die Verhandlung der letztern verwendete Zeit, welche ein rechtliches Hinderniß für die Verhandlung der Strafſache war, von der Criminal-Verjährung erforderlichen Falls würde abgezogen werden müſſen. Es iſt aber auch noch ein anderer Fall in der Lex 31. cit. ganz in den Worten: Quid si is u. ſ. w. hervorgehoben und ganz auf die nämliche Weiſe entſchieden, und dies iſt ein Fall, welcher mutatis mutandis ganz ebenſo im Unterſuchungs-Proceß vorkommen kann, wie er hier unter Vorausſetzung des Anklage-Verfahrens aufgeſtellt wird, ſobald man nur feſthält, daß der Richter im Inquiſitions-Proceß die Stelle des Anklägers zugleich vertritt. Daß Unterſuchungen aus dieſem oder jenem Grunde liegen geblieben ſind, iſt oft genug vorgekommen, und ſelbſt wenn man an die häufigen absolutiones ab instantia denkt, wird die im Geſetze geſtellte Vorausſetzung, daß das ſchon einmal begonnene Strafverfahren zu keinem endlichen Reſultate geführt habe, als erfüllt betrachtet werden müſſen. Wenn alſo dann ſpäter die Frage entſteht, ob einer wegen deſſelben Verbrechens zu beginnenden Unterſuchung die Einrede der Verjährung entgegengeſtellt werden könne? ſo iſt nicht abzuſehen, warum man ſich nicht, anſtatt willkührliche Folgerungen aus dem bald ſo bald ſo dargeſtellten Grunde der Verjährung zu machen, einfach an die geſetzliche Entſcheidung halten ſollte: „Aequum est, computationi quinquennii *eximi* id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum est.“ Wo die geſetzliche Entſcheidung klar iſt, ſoll man nicht nach den Gründen forſchen, und ob ſie mehr oder weniger paſſend ſey, hat der Richter auch nicht zu beurtheilen. Wollte man aber bei dem unbegründeten Einwande beharren, jene Beſtimmung, daß die auf das dazwiſchen liegende Verfahren

verwendete Zeit abgerechnet werden müſſe, paßt nicht für den Unterſuchungs-Proceß, obwohl doch, zufolge der Worte: „Aequum est", dadurch die Möglichkeit eines neuen Verfahrens begünſtigt werden ſoll, ſo würde nur diejenige Anſicht auf einige Conſequenz Anſpruch machen können, welche behauptete, daß die Unterbrechung der Verjährung, wenn der Proceß dann wieder liegen bliebe, gar nicht weiter in Betracht komme. Daß es übrigens auch bei der hier aus dem Geſetze vertheidigten Anſicht der Sache nach zu demſelben Reſultate kommen könne, iſt nicht zu leugnen, aber blos etwas Zufälliges; z. B. wenn man ſich denkt, daß gegen einen Abweſenden ein Steckbrief erlaſſen worden und ſonſt gar keine gerichtliche Handlung weiter vorgenommen iſt; wo vielleicht nur ein Tag von der Verjährungszeit abzuziehen ſeyn würde.

II.

Ueber die Wirkung der Verjährung.

Wenn man im Allgemeinen die Wirkung der Verjährung dahin beſtimmt, daß das Verbrechen durch den Eintritt derſelben getilgt werde, ſo kann der Sinn hiervon natürlich nur der ſeyn, daß die rechtlichen Folgen des begangenen Verbrechens dadurch aufgehoben werden. Die nächſte Wirkung derſelben muß demnach darin beſtehen, daß dadurch die Einleitung und Fortſetzung eines Strafproceſſes gegen den Beſchuldigten ausgeſchloſſen wird. Dies erkennen auch die gemeinrechtlichen Geſetze ausdrücklich an, indem ſie ſich der Ausdrücke bedienen: Accusatio temporis praescriptione depellitur; accusator praescriptione submovetur; querela praescriptione excluditur[5]); und mehr ſagt auch

5) L. 19. §. 1. *D. de lege* Corn. de fals. XLVIII. 10. L. 1. §. 10. *D. SCtum Turpill.* XLVIII. 16. L. 12. Cod. ad L. *Corn. de fals.* IX. 22.

zunächst nicht der Ausspruch der L. 29. §. 5. D. ad L. Jul. de adult. XLVIII. 5. „crimen tempore sopitur", indem crimen hier offenbar in seiner ursprünglichen Bedeutung für Strafproceß zu nehmen und nicht im abgeleiteten Sinne für Verbrechen gebraucht ist. Demnach sagt auch schon Engau [6]) ganz richtig: die Verjährung sey eine Ausflucht, „wodurch das peinliche Gericht zerstöhret wird." Es folgt aber hieraus von selbst:

1. daß dadurch jede Bestrafung wegen des angeblich verübten Verbrechens ausgeschlossen werde, indem eine Bestrafung ohne ein vorausgegangenes gesetzliches Verfahren rechtlich unmöglich ist; wodurch denn nothwendig auch alle durch die Verurtheilung oder Bestrafung bedingten rechtlichen Folgen, z. B. für die Ehre des Angeschuldigten, Benutzung des verjährten Verbrechens als Strafschärfungsgrund [7]) u. s. w. nothwendig beseitigt werden müssen. In sofern drückt sich daher z. B. das Hannov. Crim. Gesetzb. Art. 88. ganz richtig aus, wenn es erklärt, daß die Strafbarkeit durch die Verjährung getilgt werde. Es folgt aber auch
2. mit Nothwendigkeit, daß selbst diejenigen nachtheiligen Folgen, welche mit der Eröffnung eines peinlichen Processes den Angeklagten oder Angeschuldigten treffen können, dadurch ausgeschlossen werden müssen, da begreiflicher Weise ein rechtlich unzulässiges Verfahren nicht mit den rechtlichen Wirkungen eines gesetzlich statthaften Pro-

6) Kurze juriſt. Betracht. von der Verjährung derer Laſter. Jena 1733. §. 10.

7) Stübel, das Criminal-Verfahren in den deutſchen Gerichten. Bd. III. §. 1500. Unterholzner, ausführl. Entwickel. der Verjährungslehre. Th. II. S. 436 f.

cesses begleitet seyn kann [8]). Auch kann es weder in dieser noch in der ersten Hinsicht einen Unterschied machen, ob das Verbrechen wirklich begangen wurde, oder blos auf einer Anschuldigung beruht, und ob ein peinliches Verfahren eingeleitet, eine Zeit lang fortgesetzt und erst später die Existenz der Verjährung anerkannt worden ist, oder ob das Gericht aus diesem Grunde die Unzulässigkeit eines peinlichen Verfahrens gleich von vorn herein ausgesprochen hat.

Es läßt sich hiernach z. B. mit vollem Rechte behaupten, daß die durch die Einleitung einer (gesetzlich zulässigen) Criminal-Untersuchung bedingte Suspension eines Staatsdieners (vergl. z. B. baiersches Strafgesetzb. Th. II. Art. 437 f.) gar nicht eintreten, oder wieder aufgehoben werden müsse, wenn die Anschuldigung als verjährt zu betrachten ist, und man wird auch gemeinrechtlich die Ansicht von Stübel a. a. O. §. 1502. nicht billigen können, welcher eine solche Suspension und selbst Remotion eines „Verbrechers" von seinem öffentlichen Amte auch nach eingetretener Verjährung noch für zulässig hält, weil sie nicht als Strafe, sondern als nothwendige Folge „des Verbrechens" anzusehen sey. — Dasselbe gilt von der mit einer Criminal-Untersuchung gesetzlich verbundenen Suspension des Staats- und Orts-Bürgerrechts [9]).

8) Vergl. Engau a. a. O. §. 24—27, der dabei eines Erkenntnisses der Juristenfacultät zu Frankfurt gedenkt, des Inhalts: „Weil gedachter N. wegen des adulterii nicht condemniret ist, auch nunmehr wegen der vollzogenen praescription nicht condemniret werden kan, so kan er pro infami oder unehrlich nicht geachtet, noch deßhalb ihm mit Fug Rechtens der Tuchmacher Gülde und Nahrung sich zu enthalten angemuthet werden, sondern es sind die andern Tuchmacher schuldig, ihres Einwendens ungeachtet, ihn nach wie vor, ungehindert dabey zu lassen."

9) Vergl. *mein Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1841. Th. I. S. 258.*

Von Wichtigkeit kann die Frage über die Wirkung der vollendeten Verjährung, besonders auch in Beziehung auf die Bestimmung vieler Verfassungs-Gesetze werden, daß Niemand an den ständischen Wahlen Theil nehmen oder Mitglied der Ständeversammlung seyn könne, welcher sich wegen eines Verbrechens in Criminal-Untersuchung befindet oder befunden hat, ohne völlig freigesprochen zu seyn [10]). So verfügte auch schon das Hannoversche Staatsgrundgesetz von 1833. §. 103: „Wer wegen eines Criminal-Verbrechens entweder bestraft ist oder vor Gericht gestanden hat, ohne daß er von der Beschuldigung völlig losgesprochen worden, kann nicht Mitglied der Ständeversammlung seyn." Diese Bestimmung ist fast wörtlich in das Landesverfassungs-Gesetz von 1840. §. 94. übergegangen, wobei nur die Worte: „oder vor Gericht gestanden hat", in „oder deswegen in Untersuchung gezogen worden ist" verändert worden sind, was wegen der größern Unbestimmtheit des Ausdrucks „vor Gericht gestanden" wohl nur als eine Verbesserung betrachtet werden kann. Legt man hierbei blos auf die Worte Gewicht, so kann man möglicher Weise zu der, in einem bestimmten Falle wirklich schon geltend gemachten, Schlußfolgerung gelangen, daß hierdurch auch Derjenige ausgeschlossen werde, welcher wegen eines verjährten Verbrechens zur Untersuchung gezogen worden ist, sollte auch das Gericht gleich nach der ersten Vernehmung die Unstatthaftigkeit einer Criminal-Untersuchung wegen der beendigten Verjährung ausgesprochen haben, weil ja doch keine völlige Frei-

10) Vergl. mein Deutsches Staats- und Bundesrecht Th. I. S. 388, wo schon auf die große Unbestimmtheit dieses Satzes in andrer Hinsicht aufmerksam gemacht ist. Zu erwähnen ist hierbei noch, daß die Lippesche Verf. Urk. von 1836, welche die Unfähigkeit auf die Verurtheilung in eine Criminalstrafe beschränkt.

sprechung erfolgt sey. Eine solche, rein grammatische Auslegung muß aber als durchaus unzulässig betrachtet werden. Denn

1) wenn das Gesetz von demjenigen spricht, welcher wegen eines Verbrechens zur Untersuchung gezogen ist, so kann damit nur eine gesetzlich statthafte Untersuchung gemeint seyn; und es muß also nothwendig der Fall ausgeschlossen werden, wo die Eröffnung der Untersuchung wegen der eingetretenen Verjährung ganz unzulässig, oder (z. B. auch wegen absoluter Nichtigkeit des Verfahrens) rechtlich als gar nicht vorhanden betrachtet werden kann. Eine gesetzlich unstatthafte oder völlig nichtige Untersuchung kann unmöglich juristische Wirkungen, kann keinen nachtheiligen Einfluß auf die bürgerlichen Rechte des zur Untersuchung Gezogenen haben. Es kann aber auch

2) das Gesetz die völlige Freisprechung nicht zur Bedingung für einen Fall gemacht haben, wo eine völlige Freisprechung an sich ganz unmöglich ist. Das Gesetz kann nie etwas Unmögliches gebieten und muß immer so sehr interpretirt werden, daß man dem Gesetzgeber keine Ungereimtheit unterschiebt. Es ist aber ganz klar, daß, da die Verjährung „das peinliche Gericht zerstöhrt", der Richter, sobald er das Vorhandenseyn der Verjährung erkennt, zufolge des, jeden Verzicht ausschließenden, Grundprincips des Criminal-Processes, selbst wenn es der Angeschuldigte verlangen sollte, gar nicht untersuchen dürfe und mithin über Schuld oder Unschuld auch kein Urtheil fällen könne"). Wollte man nun

11) Dies gilt auch für den hannoverschen Criminalrichter, weil ja das Strafgesetzbuch, wie schon erwähnt wurde, die Verjährung als Tilgungsgrund der Strafbarkeit betrachtet, und bei jedenfalls getilgter Strafbarkeit, wie sich von selbst versteht, ein Verfahren rechtlich unstatthaft ist.

Denjenigen, welcher wegen eines verjährten Verbrechens zur Untersuchung gezogen worden ist, dennoch von der Ausübung der politischen Rechte ausschließen, „so lange er nicht von der Beschuldigung völlig freigesprochen worden", so würde man von ihm theils die Erfüllung einer rein unmöglichen Bedingung verlangen, theils ihn in eine schlechtere Lage versetzen, als denjenigen, der noch nicht die Anschuldigung als eine verjährte zurückweisen und durch die gesetzmäßige Criminal-Untersuchung eine völlige Freisprechung erzielen kann. Kaum bedarf es hierbei noch der Erwähnung, zu welchem Mißbrauch die obige grammatische Auslegung des Gesetzes führen könnte, wenn jede (verjährte) Anschuldigung eines angeblich begangenen Verbrechens genügte, um Jemanden seiner politischen Rechte zu berauben. Wie leicht läßt sich eine Denunciation so plausibel machen, daß der Richter sich genöthigt sieht, den Beschuldigten zu vernehmen, ohne ihn doch nachher wegen der durch die erwiesene Verjährung begründeten Unstatthaftigkeit eines weitern Verfahrens freisprechen zu können!

Bei solchen Gründen kann von einem Zweifel über die Wirkung der eingetretenen Verjährung wohl kaum noch die Rede seyn, und eben so wenig läßt sich hinsichtlich der Entscheidung der angeregten Frage, wie man auch wohl gemeint hat, von einer Lücke in der Gesetzgebung sprechen, welche einer Ausfüllung bedürfe. Der Vorschlag aber gar, diese angebliche Lücke in der Weise auszufüllen, daß ein Unterschied gemacht werde, ob das verjährte Verbrechen wirklich begangen sey, oder blos eine Anschuldigung vorliege, muß schon deshalb als ganz unhaltbar wegfallen, weil dieser Unterschied vor gesprochenem Enderkenntniß, welches nach eingetretener Verjährung gar nicht erfolgen kann, rechtlich gar nicht existirt, oder

anders, als auf dem Wege gerichtlicher Unterſuchung gar nicht zu ermitteln iſt. Daß auf dieſe Weiſe Jemand, der ein Verbrechen beging, in die Stände-Verſammlung eintreten kann, iſt freilich möglich. Allein geſetzlich exiſtirt das Verbrechen nicht mehr, und dem Urtheile der Mitbürger und Wähler darf man wohl ſo viel Vertrauen ſchenken, daß ſie keinem Manne, der noch durch die öffentliche Stimme als ehrlos bezeichnet wird, die Vertretung ihrer Rechte übertragen werden.

VII.

Ueber die Benutzung der ständischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen.

Von

Herrn Dr. Mohl,

Professor in Tübingen.

Unter den manchfachen Folgen, welche die Theilnahme der Stände-Versammlungen an der Gesetzgebung erzeugt, ist keine der unbedeutendsten die Jedem eröffnete actenmäßige Einsicht in die Geschichte der Gesetzes-Erzeugung und die Aufhäufung höchst zahlreicher und umfassender Materialien zur Auslegung. In den constitutionellen Staaten treten uns die neuen Gesetze nicht unversehens, bereits vollendet und gleichsam gewappnet entgegen, wie eine Minerva aus einem Jupitershaupte; sondern wir wohnen ihrer Bildung von dem ersten Vorschlage an durch alle Stadien und Schicksale der Entwicklung bei, genau unterrichtet über die allgemeinen Absichten und über die Begründungen der einzelnen Sätze. Und wenn denn endlich das Gesetz zur Nachachtung und Anwendung bekannt gemacht ist, wenn es somit genau und richtig verstanden werden muß: so liegen für uns neben dem kahlen Texte des Gesetzblattes noch kleine Berge *von erläuternden* Urkunden. Da sind: der erste Entwurf *der Regierung*, begleitet mit Motiven und Einführungs-

Vortrag; der Hauptbericht der zur Begutachtung gewählten ständischen Commission; die Protokolle über die Verhandlungen mit den Aeußerungen und Anträgen der Ständemitglieder, den Erklärungen der Regierungs-Commission, den Beschlüssen der Kammer; die Mittheilungen über das Geschehene an die andere Kammer; von dieser wieder die Protokolle; häufig Rückäußerungen und Gegenvorschläge derselben, mit den dadurch weiter hervorgerufenen Berichten, Debatten und Beschlüssen; Schlußerklärungen an die Regierung; letzte Antworten derselben; vielleicht noch Verhandlungen über die formelle Redaction, Beschwerden über Fehler in derselben, nachträgliche Erläuterungen. In allen diesen Actenstücken aber sind Nachrichten enthalten über die Absichten und Ansichten der Factoren der Gesetzgebung, Erläuterungen, Verwahrungen, Voraussetzungen. Kurz, wenn bei den auf andere Weise zu Stande gekommenen und nur in ihrer Endabfassung bekannten Gesetzen nicht selten über Unbekanntschaft mit dem Willen des Gesetzgebers geklagt werden muß, ist hier des Guten beinahe zu viel.

Und zwar ist kein Theil der Gesetzgebung und des Rechtes, welcher durch diesen Zustand nicht bewährt würde. Unser Zeitalter ist ein gesetzreiches. Wenn eine ständische Verfassung auch nur erst einige Jahrzehende besteht, so sind doch immer schon außer den nöthigen Finanzgesetzen neue Normen über strafrechtliche und über civilrechtliche Materien, über gerichtliches und außergerichtliches Verfahren gegeben; das öffentliche Recht pflegt ohnedies eine völlige Umwandlung erhalten zu haben, und auch an der Polizeigesetzgebung wird viel zugesetzt und verbessert. Nicht selten sind ganze Gesetzbücher das Ergebniß dieser Thätigkeit.

Es ist somit nicht sowohl zu verwundern, daß schon *wiederholte Versuche* gemacht worden sind, das Verhältniß

der oben aufgeführten Materialien zum Texte der Gesetze und die Art und Weise ihrer Verwendung zum Behufe der Auslegung wissenschaftlich genau zu bestimmen; als es vielmehr Staunen erregen muß, daß eine in diesem Grade praktisch wichtige Frage so spät die gehörige Aufmerksamkeit auf sich zog. Wenn aber von denjenigen Rechtsgelehrten, welche sich bis jetzt über diesen Gegenstand äußerten, sehr divergirende Ansichten geltend gemacht werden, so daß, je nachdem die eine oder die andere als die richtige angesehen und angewendet wird, auch wesentlich verschiedene, tief ins Leben eingreifende Ergebnisse folgen: so scheint es sehr an der Zeit zu seyn, diesem Widerstreite der Meinungen wo möglich ein Ende zu machen und der richtigen Lehre die allgemeine Anerkennung zu verschaffen. Es handelt sich hier möglicherweise von Leben, Freiheit und Ehre, von den staatsbürgerlichen Rechten und ihren Garantieen, von Thronfolgerecht und Thronfolgeordnung, über welche so oder anders entschieden werden muß, je nachdem diese oder jene Anwendung von den Auslegungsmitteln gemacht wird. Die zur Entscheidung zu bringenden Fragen aber sind doch nicht so verwickelt, daß nicht eine gemeinschaftliche Ueberzeugung in richtig organisirten Köpfen sollte zu Stande zu bringen seyn.

Ob die im Folgenden versuchte Ausführung zu dieser Vereinigung beizutragen geeignet ist, darüber mögen competente Richter entscheiden. Daß der Versuch in dieser Zeitschrift niedergelegt wird, bedarf keiner Rechtfertigung, indem, wie bemerkt, durchaus jeder Zweig des Rechtes und der Rechtswissenschaft ebenmäßig bei der Frage betheiligt ist.

§. 1.

Gegenwärtiger Stand der Ansichten.

Das Verdienst der ersten Anregung nicht nur, sondern auch einer alsbaldigen Formulirung von Lehrsätzen hat bekanntlich C. G. von Wächter in seinem Commentar. de lege Saxon. VIII. Febr. 1834 und darnach in seinen Abhandlungen aus dem Strafrecht sich erworben. Seit dieser Zeit hat eine bedeutende Anzahl von Rechtsgelehrten theils in eigenen Schriften, theils gelegentlich sich mit der Frage beschäftigt, bald ganz zustimmend, bald nur zum Theil, bald endlich entschieden Widerspruch einlegend. So haben sich denn drei von einander wesentlich verschiedene Ansichten gebildet, von welchen die erste den sämmtlichen Aeußerungen der gesetzgebenden Factoren eine, näher bestimmte, Bedeutung beimißt, die zweite nur einigen derselben eine solche einräumt, eine dritte endlich gar keinen Werth auf sie legen will. — Es sind von jeder dieser Ansichten nachstehend die Sätze, deren Begründung, endlich die Anhänger aufzuführen.

I. Wächter's Ansicht geht von dem allgemeinen Satze aus, daß die ein Gesetz anwendende Behörde den nachweisbaren Sinn des Gesetzes zu befolgen habe, und daß sie deßhalb auch die Worte des Gesetzes in dem von dem Urheber nachgewiesenermaßen damit verbundenen Sinne anwenden müsse, unbekümmert darum, ob etwa diese Worte mehr oder weniger ausdrücken, als diesen Sinn. Als dieser nachweisbare Sinn erscheint ihm aber:

1) der in den Regierungs-Motiven oder in den Erklärungen der Regierungs-Commission angegebene, falls eine Stelle des Gesetzes nach dem von der Regierung übergebenen Entwurfe *unverändert* von den Ständen angenommen wurde;

2) der in dem ständischen Commissions-Berichte ausgedrückte, wenn von dieser Commission eine Aenderung oder ein Zusatz vorgeschlagen, diese aber von den Kammern oder von der Regierung durchaus angenommen und in das Gesetz eingeschaltet wurden;

3) der von einem einzelnen Ständemitgliede ausgesprochene, wenn dasselbe einen Vorschlag machte, welcher, unverändert von der Regierung und von beiden Kammern angenommen, in das Gesetz überging. Eine Ausnahme von diesem Satze tritt nur dann ein, wenn die Kammern zwar den Antrag, so wie er gestellt wurde, angenommen, allein demselben ein anderes Motiv in ihrer amtlichen Erklärung an die Regierung untergelegt haben, dem auf solche Weise begründeten Antrage aber einfach von der Regierung zugestimmt worden ist. Im Uebrigen ist den nur zur Unterstützung ihrer Abstimmungen abgegebenen Aeußerungen und Motivirungen der einzelnen Kammermitglieder kein Werth für die Auslegung des Gesetzes einzuräumen;

4) der gemeinschaftlich von der Einen Kammer und von der Regierung anerkannte Sinn einer Stelle, falls die andere Kammer ohne Widerspruch gegen diese Auslegung die Stelle annahm;

5) der von Einer Kammer gefaßte und von der Regierung nicht widersprochene Beschluß, daß ein von der Regierung vorgeschlagener oder auf andere Weise in Antrag gebrachter Satz deßhalb wegzulassen sey, weil er sich von selbst verstehe. Selbst wenn theoretisch diese Ansicht bestritten werden könnte, ist sie jetzt als der Wille des Gesetzgebers anzusehen.

Angefügt werden noch zwei wichtige Sätze. Einmal, daß gelegentliche, aber in kein Gesetz aufgenommene Aeußerungen *über den Sinn* und die Anwendung eines bereits bestehenden *Gesetzes, seyen* solche nun in den Motiven der Regierung,

oder in den Berathungen und selbst den Beschlüssen der Kammer enthalten, durchaus keine zwingende Auslegungsnorm für die anwendende Behörde seyen, weil ein bestehendes Gesetz nur durch ein gehörig promulgirtes Gesetz oder durch Gewohnheitsrecht, nicht aber durch einfache ständische Beschlüsse oder durch Bemerkungen der Regierung abgeändert werden könne. Zweitens, daß eine von der Regierung zwar formell richtig bekannt gemachte, allein von der gemeinschaftlichen Uebereinkunft mit den Ständen materiell abweichende Gesetzesstelle keine zwingende Kraft habe, sondern von den anwendenden Behörden als nicht vorhanden zu betrachten sey, bis ein späteres Gesetz die nöthige Verbesserung habe eintreten lassen. Uebrigens werden hier einige Ausnahmen gestattet [1]).

Diese Ansicht fand bald den Beifall anderer Rechtsgelehrten. Wörtlich nahm sie Hepp auf in seinen Commentar des württembergischen Strafgesetzbuches [2]); den Text übertrug sie, mit weiter ausführenden Bemerkungen begleitet, ins Holländische [3]); in einer eignen Dissertation wiederholte, kaum in andere Worte gefaßt, die wesentlichsten Punkte derselben Schletter [4]); und auch der Ver-

1) S. Wächter, De lege Saxonica d. VIII. m. Febr. a. 1834 lata Comment., Lips. 1835, S. 46—57; Derſ., Abhandlungen aus dem Strafrechte, Leipzig 1835, Bd. I. S. 242—249.

2) S. Commentar, Bd. I. S 42 fg. Die einzige, ganz richtige Modification, welche in Note 29. S. 43. gemacht iſt, wird ſpäter ihre Berückſichtigung finden.

3) S. van Hal et den Tex, Bydragen, 1836.

4) S. Schletter, Diss. de subsidiis interpretationis legum ex iis, quae in comitiis acta sunt, petendis. Lips. 1839. Der Verfaſſer ſtellt folgende Sätze auf: Zuerſt ſeyen gleichlautende Erklärungen beider Kammern zu beachten, mit Hintanſetzung der etwa von einzelnen Mitgliedern oder ſelbſt von Commiſſionen geäußerten abweichenden Anſichten. An Bedeutung ſtehen denſelben *gleich die von* der Staatsregierung oder in ihrem Namen *gegebenen, von den* Kammern aber nicht widerſprochenen Erklä-

faſſer der gegenwärtigen Bemerkungen ſchloß ſich, mehr nur in untergeordneten Punkten Modificationen verbergend, denſelben an [5]). Kürzere, aber bündige, Zuſtimmungen gaben ab Groß [6]) und Zehntner [7]); und auch die ganz allgemeine Billigung der Verwendung ſtändiſcher Verhandlungen zur Auslegung der Geſetze, wie ſie Hartitzſch [8]) und Pfeiffer [9]) ausſprachen, iſt wohl hierher zu zählen.

II. Eine zweite Klaſſe bilden diejenigen Rechtsgelehrten, welche der bisher beſprochenen Theorie nur zum Theil beiſtimmen, weſentliche Theile derſelben in Abrede ziehend. Es ſind hier zu nennen Krug, Millhauſer und Mittermaier. Dieſelben ſind übrigens wieder unter ſich bedeutend verſchiedner Anſicht.

1) Krug ſtellt [10]) die Grundlage, von welcher Wächter und ſeine Anhänger ausgehen, wenigſtens zum Theil in Abrede. Er iſt nämlich der Mei-

---

rungen. Ihnen zunächſt kommen einſeitige, von der andern Kammer nicht widerſprochene, Erklärungen Einer Kammer. Hierauf folgen die von den Commiſſionen unwiderſprochen vorgebrachten Erläuterungen. Endlich ſeyen die nicht mit andern vertauſchten Motive eines einzelnen Antragſtellers zu beachten.

5) S. meine Verantwortlichkeit der Miniſter. Tübingen 1837. S. 176 f. und mein Staatsrecht des K. Württemberg. 2te Aufl. Tüb. 1840. S. 101 fg. In wie fern ſchon in dieſen Schriften, namentlich in der letztern, Abweichungen von Wächter's Anſicht vorkommen, und welche andere noch weiteres Nachdenken hat aufſtellen laſſen, wird ſich unten von ſelbſt ergeben.

6) S. Criminalgeſetzbuch für das K. Sachſen, 1838. S. IV fg.

7) In von Jagemann und Möllner, Zeitſchrift für deutſches Strafverfahren, Bd. I. S. 422 fg.

8) S. ſeine Ausgabe des Sächſiſchen Crim.-Geſetzbuches, 1840. S. V fg.

9) S. Deſſen Practiſche Ausführungen, Bd. VI. 1841. S. 138 fg

10) S. Jahrbücher für ſächſ. Strafrecht, 1840. Bd. I. Hft. 2. S. 249 fg.

nung, daß nur bei einem an sich unklaren Gesetze von einer künstlichen Auslegung die Rede seyn könne; nicht aber auch da, wo die Worte des Gesetzes unzweideutig lauten. In dem letzten Falle könne nämlich der Bürger unmöglich auf den Gedanken kommen, daß der Gesetzgeber etwas Anderes habe für ihn bestimmen wollen, als die deutlichen Worte besagen. Bei zweideutiger Fassung sey dies anders; hier sehe Jeder die Nothwendigkeit einer Auslegung ein, und müsse sich diese, wie sie nach den Regeln der Wissenschaft laute, gefallen lassen. In diesem Falle mögen denn auch unter anderen äußeren Hülfsmitteln Landtagsverhandlungen zur Auslegung angewendet werden. Darüber, wie die Landtagsverhandlungen am passenden Orte zu gebrauchen seyen, wird nichts bemerkt. — Somit bestreitet denn Krug nicht sowohl die behauptete Art der Anwendung, als das Recht dazu überhaupt in einer gewissen Reihe von Fällen.

2) Milhauser scheint die Wächter'sche Lehre an und für sich als richtig anzuerkennen [11]); allein er räumt eine Anwendbarkeit der ständischen Verhandlungen zur Gesetzesauslegung nur für den Fall ein, wenn der Sinn der Worte zweifelhaft sey, oder der zunächst klare Sinn im Vergleiche mit andern Stellen des Gesetzes eine Lücke oder einen Widerspruch zeige. Namentlich sey die Nichtanwendbarkeit dann zu behaupten, wenn das Promulgirte mit dem zwischen Regierung und Ständen Verabredeten nicht übereinstimme. Dies könne für die Stände ein Grund seyn, den Minister verantwortlich zu machen; gebe aber dem Ausleger nicht das Recht, an die Stelle des Bekanntgemachten das Bekanntzumachende zu setzen.

11) Milhauser, das Staatsrecht des K. Sachsen. Bd. I. 1839. S. 11. Note k.

3) Anders Mittermaier [11a]). Er spricht sich über die so eben erwähnte Frage gar nicht aus; wohl aber zieht er seiner Seits den Werth der verschiedenen durch die Verhandlungen zwischen Regierung und Ständen zu Tage geförderten Aeußerungen für eine Auslegung der Gesetze theilweise in Abrede. Er will nämlich zwar dem Richter gestatten, sie als wichtige Materialien zu benutzen und geeignet zu prüfen; allein er rathet, denselben nicht unbedingt zu folgen, sondern bei der Auslegung die allgemeinen Regeln im Auge zu behalten. Im Einzelnen aber bemerkt er über die verschiedenen Arten dieser Erklärungen Folgendes:

a) Die Regierungs-Motive enthalten wichtige Materialien zur Erkenntniß des richtigen Sinnes; allein sie seyen nur mit großer Vorsicht zu benutzen, da sie häufig nur die individuelle Ansicht ihres Redacteurs, nicht aber die wohlgeprüfte Ansicht der Regierung enthalten. Auch darauf, daß denselben in den Kammern nicht widersprochen worden sey, könne deren positive Zustimmung nicht geschlossen werden, weil der Widerspruch für überflüssig erachtet, oder durch Zufall und im Geschäftsdrange unterlassen worden seyn könne.

b) Die in den Commissions-Berichten enthaltenen Sätze können so wenig als die Ueberzeugung der drei Factoren, oder auch nur der betreffenden Kammer erachtet werden, daß sie vielmehr häufig nicht einmal den Sinn der Mehrheit der Commission enthalten, sondern nur eine individuelle Ansicht des Berichterstatters.

11a) S. Dessen Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Beitr. I. Heidelberg 1841. S. 217 fg.

c) Die Begründungen von Anträgen durch die sie veranlassenden Kammermitglieder seyen nur als die einzelne Ueberzeugung derselben zu betrachten, zuweilen selbst nur als ein vorgeschobener Vorwand. Der Antrag könne aus sehr verschiedenen, selbst widersprechenden Gründen angenommen worden seyn; und Stillschweigen über die Motivirung des Antragstellers beweise lediglich keine Billigung von Seiten der Kammer.

d) Wichtiger seyen die Erklärungen der Regierungs-Commission, allein doch auch nur wenn sie amtliche Mittheilungen im Auftrag des Regenten machen, welche dann natürlich die Ansicht der Regierung enthalten; allein die in Laufe der Debatten erfolgenden Antworten, welche ohne specielle Instruction ertheilt werden, seyen ebenfalls nur als individuelle Ansicht, wohl sogar als eine absichtliche Ausweichung von der Wahrheit zu betrachten. Namentlich sey der Richter nicht gebunden durch die Erklärung eines gegen die Aufnahme einer Bestimmung sich deßhalb, weil es sich von selbst verstehe, erklärenden Regierungscommissärs. Auch hier liege nur individuelle Ansicht und keine authentische Erklärung vor.

e) Nicht bindend für die auslegende Behörde seyen die Entscheidungen einzelner Fälle, welche als Beispiele oder Antworten auf drängende Fragen von irgend einer Seite gegeben werden. Theils seyen sie nicht selten absichtlich ausgeschmückt und übertrieben, theils nur die, nicht einmal ruhig überlegte, Ansicht eines Einzelnen.

Regeln über die empfohlene vorsichtige Benutzung einiger dieser Arten von Aeußerungen sind nicht gegeben. Und da auch die gewöhnliche Theorie der Gesetzesauslegung von

dieſen Einzelnheiten und Feinheiten der Erforſchung der ratio legis ſchweigt: ſo ſcheint dem Tacte und der Perſonen-Kenntniß des Auslegenden die Würdigung in jedem einzelnen Falle überlaſſen werden zu wollen. Jeden Falles ergiebt ſich übrigens, daß eine genaue Kenntniß und richtige Würdigung der landſtändiſchen Verhandlungen nothwendig für ihn iſt.

III. Den bisher aufgeführten Anſichten insgeſammt tritt nun aber, ſo weit ſie den ſtändiſchen Verhandlungen eine Bedeutung für die Geſetzeserklärung beilegen, entſchieden entgegen Schüler [12]), vorzüglich aber Schaffrath in einer jüngſt erſchienenen, der Frage ausdrücklich gewidmeten Schrift [13]). Während der Erſtgenannte ſich zunächſt nur dagegen erklärt, daß mündliche Verſicherungen und Verſprechen der Regierungs-Commiſſion über den zweifelhaften Sinn einer Geſetzesſtelle als verbindlich anzuerkennen ſeyen, und er nur wegen ſeiner, freilich mehr angedeuteten als ausführlich entwickelten, Begründung dieſes Satzes zu den entſchiedenen Gegnern einer principalen Benutzung der ſtändiſchen Schriften zu rechnen iſt: umfaßt Schaffrath die ganze Frage, ſie nach allen Seiten beleuchtend. Die von ihm aufgeſtellte Theorie iſt aber folgende:

Geſetz für die Unterthanen iſt nur der förmlich und vorgeſchriebenermaßen ausgeſprochene und erklärte Wille des Geſetzgebers; nicht aber auch etwa eine bloße Abſicht deſſelben. Der Wille der geſetzgebenden Gewalt kann aber nur ausdrücklich erklärt werden, nicht etwa

12) S. Schüler, Beiträge zur Beurtheilung des Criminalgeſetzbuches für Sachſen. Jena 1839. S. 8—10.

13) S. Schaffrath, Theorie der Auslegung conſtitutioneller Geſetze nach conſtitutionellen Staats- und gemeinem deutſchen Rechte. Leipzig 1842. IV u. 108 S. 12.

auch durch sprechende Handlungen und Schlüsse aus demselben. Besonders ist dies der Fall bei Versammlungen, welche nur auf ausdrückliche Fragen durch Abstimmung und Beschluß der einzelnen Personen sich erklären können, nicht aber stillschweigend, als wozu sie, bei ihrer Vielzahl, physisch unfähig sind. Auch schreiben die sämmtlichen Verfassungen ausdrücklich Zustimmung, Abstimmung, Unterschrift, Bekanntmachung der verschiedenen Factoren der Gesetzgebung zu, somit lauter ausdrückliche Erklärungen. Ein Gesetz ist der vollständige Wille des Gesetzgebers, und bedarf daher keiner materiellen Ergänzung aus andern Schriften; nur die Erklärung im Gesetze gilt, nicht aber auch andere Erklärungen außerhalb des Gesetzes. Das Gesetz muß ferner an und für sich verständlich seyn, nicht erst durch andere Hülfsmittel, denn nur das Gesetz wird allen Unterthanen zugänglich, und nur das Gesetz sind sie zu kennen schuldig. Daher darf denn auch die Auslegung nur aus dem Gesetze selbst schöpfen. Andere Erklärungen der gesetzgebenden Gewalt können nur etwa den schon richtig gefundenen Sinn bestätigen, nicht aber selbst nachweisen; namentlich haben gar nicht den letztern Zweck die landständischen Schriften verschiedener Art, welche nur einen politischen Zweck, die Ueberredung der übrigen Factoren haben, oft nicht einmal die wahre Ansicht des Ausstellers enthalten. Eine Vermuthung der Uebereinstimmung in den Motiven ist eine bloße Fiction; nicht über die Motive, nur über die Worte des Gesetzesentwurfs wird abgestimmt. — Was nun aber die Auslegung der Gesetze betrifft, so hat man vor Allem den wahren und den wirklichen, nicht blos den möglichen u. s. w. Willen des Gesetzgebers zu erforschen. Sodann aber ist es nicht dieser Wille an sich, *welcher ausgelegt* werden soll, sondern die in den Worten

des Gesetzes bestehende Erklärung desselben. Nur die Worte sind Gegenstand und Bedingung der Auslegung, denn es genügt nicht, daß die gesetzgebende Gewalt ihren Willen hat aussprechen wollen, darüber berathen hat, sondern es handelt sich von der Ausführung, d. h. der wirklich ausgesprochenen Erklärung. So lange der Wille nicht in gehöriger Form erklärt ist, ist er auch nicht Gesetz, somit auch nicht als solches zu erklären. Und Zweifel, welche nur durch die Beachtung anderweitiger Schriften und Rechtsgeschäfte, nicht aber durch die der Worte des Gesetzes selbst, entstehen, sind nicht Zweifel und Ungewißheiten hinsichtlich des Gesetzes. Ist aber das Gesetz an sich unvollständig oder nicht verständlich, so ist es auch einer Auslegung nicht fähig, somit auch nicht bedürftig. Der Ausleger darf keinen Willen in das Gesetz hineintragen. Die ständischen Verhandlungen sind überdies von diesem ganz verschieden, sind heterogene Geschäfte. Nur die Worte des Gesetzes selbst sind unmittelbare Quellen der Auslegung, die weiteren Schriften und Verhandlungen nur Beweismittel und Bestätigungen für die auf dem richtigen Wege gefundenen Ergebnisse; sie sind mittelbare, secundäre, zufällige Quellen. Soll außer dem Gesetze auch noch etwas Anderes den Willen des Gesetzgebers enthalten, so muß es auch als Gesetz bekannt gemacht seyn. Der Hauptfehler der gewöhnlichen (Wächterschen) Auslegungs-Methode ist, daß etwas, was gar nicht Gesetz ist, sogar noch über dieses gestellt wird. Daher kann denn namentlich auch von einer Aufhebung einer Stelle im Gesetze durch dergleichen äußerliche Mittel nicht die Rede seyn; eine solche ist nur durch eine andere Gesetzesstelle erlaubt, so daß das Gesetz wieder *mit sich in* Uebereinstimmung gebracht wird. Demgemäß ist dann das Ergebniß, daß die sämmtlichen land-

ständischen Schriften und Verhandlungen als Quellen der Auslegung nicht anwendbar sind, so oft sie mit dem Wortverstande oder dem, quantitativen und qualitativen, Sinn des Gesetzes nicht übereinstimmen; dagegen mögen sie gebraucht werden als formelle Hülfs- und Beweismittel, namentlich zur grammatikalischen oder declaratorischen Auslegung und zur Aufklärung von Dunkelheiten des Ausdruckes.

§. 2.

Feststellung der Streitpunkte.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß es sich nicht etwa blos von einer Meinungsverschiedenheit über einzelne Schlußfolgerungen oder Modificationen handelt, sondern daß die Materie bis in ihre letzten Grundlagen streitig ist. Es ist daher auch, soll ein Verständniß erzielt werden, nothwendig, nichts in der Untersuchung vorauszusetzen, sondern eine Revision der ersten Begriffe vorzunehmen, und erst nach der Feststellung zu der, verhältnißmäßig leichtern sowohl als unbedeutendern, Erörterung der Einzeln-Fragen überzugehen. Die Endergebnisse können nicht dieselben seyn, je nachdem man, mit Wächter, die Ausfindigmachung des beabsichtigten Willens des Gesetzgebers als Recht und Ziel der Auslegung annimmt, oder, in Uebereinstimmung mit Schaffrath, das Wort des bekannt gemachten Gesetzes als die Gränze der Auslegungserlaubniß ansieht.

Vor Allem muß daher die Frage untersucht werden, ob der Ausleger den Sinn eines bestimmten Gesetzes nur aus den formell promulgirten Worten desselben und denen anderer Gesetze aufzufinden berechtigt und verpflichtet ist, oder ob er *auch noch* anderweitiger Mittel gebrauchen darf, *um den eigentlichen*, im fraglichen Gesetze aber nicht

vollkommen ausgedrückten, Willen des Gesetzgebers aufzufinden?

Eine zweite, jedoch allerdings untergeordnete, Frage ist sodann, ob eine Untersuchung der letzt angedeuteten Art bei allen Arten von Gesetzen stattzufinden hat; oder aber nur bei solchen, welche die Mangelhaftigkeit ihrer Abfassung schon von selbst an der Stirn tragen, dagegen nicht bei den Gesetzen, welche den Unterthanen als unzweifelhaft und klar erscheinen müssen?

Erst wenn die Antwort auf diese beiden Fragen dahin ausfallen sollte, daß allerdings außer den Textesworten auch noch weitere Auslegungsquellen benutzbar seyen, könnte nun von einem Fortschreiten zu der weiteren Frage die Rede seyn: ob die ständischen Verhandlungen und Schriften ein geeignetes Mittel zur Auffindung des wahren Willens des Gesetzgebers seyen, oder ob etwa dieselben sämmtlich nur unsichere und unzuverlässige, somit zu einer sichern Gesetzes-Auslegung und -Anwendung unbrauchbare Materialien an die Hand geben können?

Wäre auch diese Frage im Allgemeinen zu Gunsten der ständischen Schriften und Verhandlungen beantwortet, so würde es sich dann schließlich von einer genauen absoluten und relativen Würdigung der verschiedenen Arten von Aeußerungen handeln, wobei sich dann ergeben würde, in wiefern die bisher aufgestellten Sätze richtig sind.

Ein Versuch zur Lösung dieser Fragen ist im Folgenden gemacht.

§. 3.

Sind Gesetze blos aus sich selbst, oder auch aus anderen Quellen auszulegen?

Ueber diese Frage sind, wie bemerkt, ganz entgegengesetzte Ansichten aufgestellt. Nach der einen Meinung, welche man wohl als die gegenwärtig gemeinhin angenommene

bezeichnen darf, hat der Wille des Gesetzgebers, wie immer er aufgefunden seyn mag, an die Stelle der bekannt gemachten Worte zu treten, und ist von den Unterthanen zu befolgen. Die entgegenstehende, bis jetzt von Wenigen getheilte, Ansicht aber glaubt den Willen des Gesetzgebers lediglich in den promulgirten Worten erkennen zu dürfen [14]). — Es scheint nun allerdings zweckmäßig, zuerst zu untersuchen, in wiefern etwa die eine oder die andere dieser Theorieen die Wahrheit verkennt, oder wenigstens das richtige Maaß nicht hält, und erst dann die als gültig erscheinenden Grundsätze selbst zu formuliren. Allein auch zu einer solchen Kritik bedarf es bestimmter Anhaltspunkte. Und somit beginnen wir damit, einige Sätze aufzustellen, gegen welche wohl von keiner Seite her etwas wird eingewendet werden können, und von welchen aus doch zur Wahrheit gelangt werden mag.

1) Es gehört zu dem Begriffe eines Gesetzes, daß es bekannt gemacht ist. So lange die vom Gesetzgeber gewollte Bestimmung nur noch in seiner Absicht liegt, aber den Unterthanen nicht mitgetheilt wurde, ist der verbindende Act der Gesetzgebung noch nicht beendigt.

2) Diese Bekanntmachung muß auf die herkömmliche oder, wo solches genauer bestimmt ist, auf die gesetzliche Weise geschehen, wenn sie als erfolgt soll betrachtet werden können. Der Unterthan ist allerdings schuldig, die sämmtlichen Gesetze zu kennen; allein es kann ihm dieses vernünftigerweise, und auch nach

14) Die oben §. 1. aufgeführte mittlere Ansicht kann hier, bei der Erörterung der allgemeinen Frage, ob außer den Worten der Gesetze noch andere Auslegungsmittel zulässig seyen, nicht besonders aufgeführt werden. Ueber diese allgemeine Frage ist sie im Wesentlichen einverstanden mit der gewöhnlichen Meinung. Ihre Verschiedenheit von dieser betrifft erst *das Einzelne der verschiedenen ständischen Schriften und Erklärungen oder die Fälle der Anwendbarkeit.*

den positiven Bestimmungen der meisten Staaten, nur dann zugemuthet werden, wenn die Bekanntmachung auf eine bestimmte, sicher erkennbare und nicht zu übersehende Weise geschieht. Nicht selten sind bestimmte Formen für diese Bekanntmachung vorgeschrieben, wie z. B. eine bestimmte Ueberschrift oder Berufung, die Unterzeichnung eines Ministers u. dgl.; auch diese Formen müssen beobachtet seyn, wenn die Bekanntmachung als eine richtige und beachtenswerthe gelten soll.

3) Der Unterthan hat den wahren Sinn des Gesetzes, und nur der wahren Sinn desselben, zu kennen und zu beobachten. Die Behauptung des entgegengesetzten Satzes enthält eine Absurdität. Zur Erkennung dieses wahren Sinnes dient die Auslegung, deren somit jedes, auch das ganz fehlerlos abgefaßte Gesetz bedarf, und zwar sowohl für sich allein, als im Zusammenhange mit dem gesammten Rechtssysteme.

4) Die Worte des Gesetzes sind die Form, in welcher der Gesetzgeber seinen Willen verkörpert, nicht aber dieser selbst. Diese Form kann, bei ungeschickter Handhabung der Sprachregeln oder nachlässiger Berücksichtigung des Inhaltes, immer mangelhaft seyn, ohne daß der Wille des Gesetzgebers diesen Fehler ursprünglich theilt.

Tritt man nun von diesem Standpunkte den beiden entgegengesetzten Theorieen näher, so findet sich, daß

die gemeine Meinung nicht sowohl einen Beweis der von ihr angenommenen Sätze liefert, oder auch nur dieselben bestimmt aufstellt, ordnet und begränzt, als vielmehr die Bekanntschaft mit ihnen und ihre Wahrheit als sich von selbst verstehend voraussetzt. Erst aus *den Sätzen*, welche sie hinsichtlich der einzelnen von ihr *als zulässig* erachteten Quelle aufstellt, ergiebt sich die

Bedeutung und der Umfang der Lehre vollständig. Da nun wirklich, wie sich unten das Weitere ergeben wird, diese Ansicht in der Hauptsache richtig ist, so mag denn auch hier, zur Vermeidung von Wiederholungen, eine solche Auseinandersetzung unterlassen werden. Allein nicht übergangen werden darf, daß eine nähere Betrachtung auf mehrere, keineswegs unbedeutende Ausstellungen führt, indem der Grundsatz, die Gesetze auch aus anderweitigen Quellen als aus den Worten selbst auszulegen, allzu absolut aufgestellt ist.

So wird es denn vor Allem einen rechtlichen Widerspruch kaum finden, wenn es als ein Fehler bezeichnet wird, daß die Auslegung aus den entfernteren Quellen nicht auf die wirklich bekannt gemachten Willensäußerungen des Gesetzgebers beschränkt, sondern ihnen auch die Fähigkeit der Ergänzung in der Publication völlig übergangener Bestimmungen eingeräumt werden will. Hier muß vielmehr eine Beschränkung ihrer Benutzung dahin eintreten, daß in allen jenen Fällen, in welchen — gleichgültig jetzt aus welchem Grunde und durch welchen Fehler — ein Theil des vom Gesetzgeber Beschlossenen in den bekannt gemachten Worten völlig übergangen ist, eine Ergänzung aus sonstigen Quellen als nicht zulässig erklärt, sondern das nicht Bekanntgemachte auch nicht als Gesetz betrachtet wird. Es kann leicht seyn, daß die geschehene Unterlassung als ein offenbarer Mangel nachzuweisen und die vollständige Absicht des Gesetzgebers urkundlich zu belegen ist. Allein dieser Beweis berechtigt zu keinem andern Schlusse, als daß das wirklich Gewollte so bald als möglich auch als Gesetz nachträglich bekannt zu machen, und etwa, daß die Unterlassung der Bekanntmachung im ersten Gesetze an dem Schuldigen zu ahnden sey; keineswegs aber zu der Forderung an die Unterthanen, Absichten, *welche ihnen gar* nicht als der Staatswille erkennbar *sind, als zwingenden* Normen zu gehorchen. Sollte die

durch die Auslassung entstandene Lücke vor der nachträglichen gesetzlichen Ausfüllung zu theoretischen oder zu praktischen Zwecken ergänzt werden müssen, so würde dieses in der gewöhnlichen Weise nach der Analogie der bestehenden, d. h. der bekannt gemachten, Gesetzgebung zu geschehen haben. Die sonstwie in Erfahrung gebrachte, allein nicht ausgeführte, Absicht des Gesetzgebers könnte dabei lediglich nicht in Betracht kommen, möchte sie nun die auf dem richtigen Wege gefundene Entscheidung bestätigen oder nicht. Alles dieses gilt aber sowohl von ganzen abgeschlossenen Theilen der Gesetzgebung, als nur von einzelnen Sätzen und Modificationen, welche in dem promulgirten Texte ausgelassen seyn mögen. Es widerspricht aber diese Lehre dem oben aufgestellten Principe, daß nur der wahre Sinn des Gesetzes zu befolgen sey, keineswegs. So weit das Gesetz bekannt gemacht ist, soll allerdings dieser wahre Sinn aufgesucht werden; allein wo nichts promulgirt ist, kann auch nichts angewendet werden, sey es nun in einem richtigen, sey es in einem falschen Sinne.

Eine zweite Beschränkung der allzu ausgedehnten Benutzung scheint in der Richtung nothwendig, wenn die bekannt gemachten Gesetzes-Worte etwas von dem nachweisbaren Willen des Gesetzgebers wesentlich Verschiedenes aussagen. Einer solchen Stelle des Gesetzes ist zwar der Unterthan keinen Gehorsam und die Behörde keine Ausführung schuldig. Nur der wirkliche und wahre Wille der gesetzgebenden Staatsgewalt verpflichtet; keineswegs aber das nachgewiesene Gegentheil desselben. Der bloße Schein eines wahren Willens genügt natürlich nicht; weiteres liegt aber hier nicht vor. Allein wenn eine solche Stelle aus dem Gesetze wegfällt, so ist es dagegen keineswegs erlaubt, eine andere nicht promulgirte an deren Stelle zu setzen. Wäre für letztere die Absicht des Gesetzgebers noch so unzweifelhaft erwiesen, so fehlt ihr doch die unerläßliche

Bedingung der ordnungsgemäßen Bekanntmachung. Es ist somit zu verfahren, als wenn eine Lücke im Gesetze wäre. — Allerdings setzt diese Ansicht das Recht des Bürgers und des Beamten, den Inhalt der Gesetze hinsichtlich ihrer verfassungsmäßigen Gültigkeit zu prüfen, voraus, und es wird die entgegenstehende Meinung, welcher gemäß den Unterthanen nur die Prüfung der formellen Gültigkeit der Publication gestattet, dagegen die unbedingte Verpflichtung des Gehorsams gegen alle der äußern Form nach untadelhaften befehlenden Normen auferlegt werden will, stillschweigend als unrichtig verworfen: allein es ist auch völlig unmöglich, den blos verfassungsgemäßen Gehorsam des Bürgers, d. h. seine ganze rechtliche Stellung in der constitutionellen Monarchie, in Einklang mit dieser letztern Lehre zu bringen [15]).

Auf wesentlich gleiche Weise ist endlich eine dritte Ausnahme zu begründen, da nämlich, wo das promulgirte Gesetz mehr anordnet, als der wirkliche Wille des Gesetzgebers war, dieser Ueberschuß ebenfalls als gar nicht vorhanden zu beseitigen. Auch hier nämlich ist eine formell gültige Promulgation, allein dieselbe entspricht keinem Willen des Gesetzgebers und ist somit ungültig.

Noch weit bedeutendere Ausstellungen aber werden durch eine Festhaltung der Eingangs aufgestellten allgemeinen Sätze hervorgerufen gegen die der gemeinen entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich lediglich die bekannt gemachten Worte der Gesetze über den Wil-

15) Bekanntlich ist diese wichtige Streitfrage schon wiederholt der Gegenstand von Erörterungen gewesen; und es ist hier weder Raum, noch auch eine Nothwendigkeit, die Sache ausführlich zu erörtern. Es mag genügen, auf die beinahe einstimmige Ansicht der Staatsrechtslehrer hinzuweisen. Kaum dürfte sich ein anderer namhafter Gegner als Linde (Archiv für civil. Praxis, Bd. XVI. Nr. 13.) aufzeigen lassen. Vgl. auch Schaffrath, a. a. O., S. 28 fg.

len des Gesetzgebers und über den wahren Sinn der Gesetze Auskunft und Entscheidung geben dürfen.

Irren wir uns nicht sehr, so sind die Einwendungen, welche gegen diese Theorie, so wie sie bis jetzt bearbeitet vorliegt, vorgebracht werden können, doppelter Art. Ein Theil derselben betrifft den Kern der Lehre selbst. Ein anderer Theil aber ist gegen Folgewidrigkeiten und Begriffsverwechslungen des einzelnen Bearbeiters zu wenden. Es wäre natürlich ungerecht und in der Sache nichts beweisend, wollte man blos subjective Fehler die Theorie selbst entgelten lassen. Allein hervorgehoben müssen sie dessen ungeachtet werden, um auch in dieser Beziehung das Feld zur Aufnahme einer nach allen Seiten richtigen Doctrin zu reinigen; und es ist sogar, um die wesentlichen Einwürfe möglichst scharf herauszustellen, nöthig, mit diesen Nebenpunkten zu beginnen.

So erscheint es denn als eine Folgewidrigkeit, wenn widerholt [16]) zugegeben und selbst verlangt wird, daß die innere Uebereinstimmung des Bekanntgemachten mit dem wahren Willen des Gesetzgebers soll geprüft, und im Falle eines Widerspruches das unrichtig Promulgirte nicht befolgt werden. So richtig sicher diese Forderung ist, so ist sie doch im schneidenden Widerspruche mit der ganzen Lehre, indem natürlich eine solche Untersuchung nicht aus den Worten, gegen welche sie ja gehen soll, sondern aus anderweitigen Quellen geführt werden kann.

Zahlreicher noch sind Begriffsverwechslungen und offenbare Mißverständnisse. Oder ist es nicht einleuchtend, daß eine Forderung an den Gesetzgeber verwechselt ist mit einer Regel für den Ausleger, wenn eine Reihe von nothwendigen Eigenschaften gut abgefaßter Gesetze aufgeführt und namentlich verlangt wird, daß ein

16) C. Schaffrath, Theorie, S. 68 fg.

Gesetz eine vollständige Erklärung enthalten müsse [17]), diese Forderungen nun aber als Gründe genannt werden, warum die Auslegung solcher Gesetze nicht aus anderweitigen Quellen zu schöpfen sey? Gerade davon handelt es sich ja, daß jene Eigenschaften nicht vorhanden sind, das Gesetz aber doch in seinem wahren Sinne ausgelegt werden muß. Wozu kann hier die Verweisung auf eine, nun einmal nicht befolgte, Regel für den Gesetzgeber dienen, und wie kann sie die Aufsuchung anderer Hülfe überflüssig machen? — Eben so ist es ein handgreifliches Mißverständniß, wenn weitläufig dagegen gekämpft wird, daß nicht der blos mögliche, nothwendige u. s. w. Wille des Gesetzgebers, sondern nur der wahre und wirkliche Gesetz sey und beachtet werden dürfe [18]). Dies zieht kein Mensch in Abrede. Die Frage ist nur die, ob bei an sich nicht klaren Worten der Nachweis des wahren Willens irgendwo anders, als aus diesen Worten, genommen werden dürfe? Die Benutzer der ständischen Schriften z. B. sind so wenig geneigt, die bekämpfte Meinung zu vertheidigen, daß sie im Gegentheile behaupten, nur auf ihrem Wege könne der wahre Wille erforscht werden, während das Kleben an den mangelhaften Worten zu der Darstellung eines blos problematischen oder wohl ganz unwahren Willens führe. — Nicht minder am Tage liegt das Mißverständniß, wenn gegen die Benutzung der außerhalb der Gesetzesworte liegenden Auslegungsmittel eingewendet wird, daß, wenn etwas außer dem Gesetze auch noch den Willen des Gesetzgebers enthalten soll, es ebenfalls förmlich als Gesetz bekannt gemacht seyn müßte [19]). Wenn etwas außer dem bekannt gemachten Gesetze auch noch Ge-

17) S. Schaffrath, Theorie, S. 21 fg.

18) Daſ., S. 33 fg.

19) Daſ., S. 61 fg.

setzeskraft haben soll, muß es promulgirt seyn. Allein hier soll ja nur dargelegt werden, was denn eigentlich im Gesetze, wie es bereits bekannt gemacht ist, wirklich steht. Ganz ungerecht ist daher auch der angehängte Vorwurf gegen Wächter u. A., daß sie noch über das Gesetz stellen, was nicht einmal selbst Gesetz sey. Stellen sie doch nichts über das Gesetz, sondern beweisen nur, was in demselben bereits enthalten ist. — Schwer begreiflich ist es endlich noch, wenn zum Beweise, daß nur das ausdrücklich Promulgirte Gesetz sey, auf die Vorschriften von Verfassungs-Urkunden hingewiesen wird, welche eine Zustimmung der verschiedenen Factoren der Gesetzgebung verlangen, und hierfür gewisse Formen vorschreiben [20]). Nun handelt es sich aber lediglich nicht davon, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen sey. Dies wird natürlich vorausgesetzt; wer wird Auslegungsregeln für etwas formell schon Ungültiges aufsuchen? Die Frage ist vielmehr, wie die formell gültigen Gesetze materiell richtig auszulegen seyen? Zur Beantwortung dieser Frage sind nun aber doch sicherlich jene Vorschriften nicht gegeben.

Allein sieht man auch ab von diesen bloßen Mängeln der Auffassung und Ausführung, so bietet dennoch das Wesentliche der Lehre noch hinreichende Veranlassung zur Bekämpfung.

Diese Lehre besteht nämlich, wie bereits oben §. 1. ausführlicher angegeben worden ist, darin, daß nicht in den Worten der Gesetze selbst enthaltene Erklärungen der Staatsgewalt und ihrer einzelnen Factoren als materielle Quellen der Gesetzes-Auslegung ungeeignet sind, wo immer sie mit dem Wortverstande des auszulegenden Gesetzes, mit der quantitativen oder qualitativen Beschaffenheit seines

20) S. Schaffrath, S. 20 fg.

Sinnes nicht übereinstimmen oder gar im Widerspruche stehen, insbesondere aber zu einer beschränkenden oder erweiternden Auslegung führen würden. Auch zur Beseitigung von Verworrenheit in dem Gedanken oder zur Ausfüllung von Lücken seyen sie nicht zu verwenden. Dagegen mögen sie gebraucht werden als formelle Beweismittel der (auf anderm Wege gefundenen) Auslegung, namentlich der grammatischen und der declarativen [21]). Der Hauptbeweis dieses Satzes aber wird durch die Behauptung geliefert, daß nur die aus den Worten des Gesetzes gegebene Erklärung der wirklich zu Stande gekommene verbindliche Wille des Gesetzgebers sey, und daß auch nur den auf solche Weise promulgirten der Bürger zu kennen schuldig seyn könne.

Hierüber ist denn nun aber Nachstehendes zu bemerken. Es ist bereits als ein Elementarprincip zugegeben, daß nur Bekanntgemachtes gesetzliche Norm sey; und es ist auch hieraus schon abgeleitet worden, daß ein Verschiedenes von dem Promulgirten oder mehr als dasselbe nicht aus anderweitigen Gründen an die Stelle desselben gesetzt, oder eine Lücke in demselben auf solche Weise ausgefüllt werden dürfe. Allein ein großer Irrthum ist es, wenn über dieser Wahrheit die zweite eben so hoch stehende übersehen wird, nämlich daß das Gesetz nur in seinem wahren Sinne auszulegen und anzuwenden ist. Dieser wahre Sinn ist natürlich kein anderer, als derjenige, welchen der Gesetzgeber selbst, nachweisbar, ausdrücken wollte. Die Behauptung, daß dieser Nachweis über die Absicht des Gesetzgebers nur aus seinen Worten selbst geliefert werden könne, ist lediglich willkührlich gesetzt, und widerspricht der täglichen Erfahrung. Allerdings ist die nächste und wichtigste Auslegungsquelle das

21) S. Schaffrath S. 68 fg.

Gesetz selbst, so wie die übrige Gesetzgebung, und nie darf deren Benutzung versäumt werden. Allein da die Abfassung von Gesetzen so wenig als irgend ein anderes menschliches Geschäft von Unvollkommenheiten frei ist, so begiebt es sich nur allzu häufig, daß der Ausdruck unbestimmt oder unrichtig gewählt ist, oder daß in dem Verhältnisse zum ganzen Rechtssystem das Gesetz die Forderung der Einheit oder der Vollständigkeit nicht erfüllt. Unmöglich können diese Mängel immer beseitigt und kann der wahre Sinn des Gesetzes dargelegt werden durch die Betrachtung und Erörterung seiner eigenen Worte; namentlich dann, wenn die Worte des Gesetzes an sich nicht einmal aufmerksam machen auf das Vorhandenseyn eines Mangels, was bei einem materiellen Verfahren sehr wohl der Fall seyn kann. Unläugbar aber ist es möglich, daß die hierzu nöthigen Notizen in manchen Fällen auswärts her erworben werden können. Ist dem aber also, so müssen solche auch zur Darlegung des wahren Sinnes angewendet werden. Warum sie nur zur Bestätigung der auf andere Weise gefundenen Auslegung, nicht aber auch zur Ergänzung und Berichtigung der gewählten mangelhaften Form gebraucht werden könnte, ist lediglich nicht einzusehen. Und völlig irrelevant sind die gegen hülfsweise Zuziehung von Kenntnißquellen außerhalb des Gesetzes vorgebrachten Einwendungen. Wenn geltend gemacht werden will, daß der Bürger und der Beamte nur das promulgirte Gesetz zu kennen schuldig sey, nicht aber auch anderweitige Verhandlungen und Rechtsgeschäfte der Staatsgewalten: so ist darauf einfach zu erwidern, daß er den wahren Sinn des Gesetzes zu kennen schuldig ist, und somit auch die Mittel, welche zu der Einsicht desselben führen. Diese Forderung aber ist auch praktisch nicht *übertrieben*, da die Wissenschaft es sich immer schnell zur *Aufgabe macht*, die nöthigen Auslegungen zu liefern.

Eben so wenig ist der Einwurf schlagend, daß Zweifel, welche erst durch fremde Schriften u. s. w., nicht aber durch die Worte des Gesetzes selbst entstehen, nicht Zweifel des Gesetzes selbst seyen. Die Worte an sich erwecken verhältnißmäßig selten Zweifel, sondern diese rühren in der Regel von den Kenntnissen her, welche der Ausleger zu seinem Geschäfte mitbringt. Solche Kenntnisse sind es denn auch, welche von den fremden Auslegungsquellen, z. B. den ständischen Schriften, geliefert werden. Wenn endlich behauptet wird, daß ein an sich unvollständiges oder unverständliches Gesetz einer Auslegung gar nicht fähig, somit auch nicht bedürftig sey: so widerspricht dies den anerkanntesten Rechtsregeln. Im Gegentheile ist nämlich jedes Gesetz der Auslegung bedürftig, allein auch jedes muß ausgelegt werden, sey auch die Dunkelheit desselben an sich noch so groß [22]). Da jedes Gesetz anzuwenden ist, so ist auch der wahre Sinn von jedem zu erforschen, und die Auslegungsregeln sind bekanntlich noch lange nicht erschöpft mit der Erörterung der bloßen Worte.

So weit die Bemerkungen über die bisher aufgestellten Theorieen. Ist diese Kritik irgend richtig gewesen, so ist der Beweis geliefert, daß beide die Wahrheit nicht vollständig erreichen, am wenigsten freilich die, welche nur den Worten selbst eine Bedeutung beilegt. Während die gemeine Ansicht es nur darin verfehlt, daß sie einem an sich richtigen Grundsatze eine allzuweite Ausdehnung giebt, und über die Beachtung des einen wichtigen Satzes einen zweiten, gleich wichtigen unberücksichtigt läßt, ist dagegen die ihr entgegengestellte Lehre in der Grundlage falsch, und kann daher nur zufällig und bei Einzelnheiten auf die Wahrheit stoßen.

---

22) S. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I. S. 207 fg.

Es handelt sich somit jetzt davon, an die Stelle des mehr oder weniger Verfehlten eine Lehre zu stellen, welche keinen gegründeten Zweifel zuläßt. Hierzu ist denn aber durch die bisherigen Erörterungen der Weg bereits gebahnt; und namentlich wird es eines eigenen Beweises der aufzustellenden Sätze in der Regel nicht bedürfen, da ihre Begründung bereits in dem Vorgebrachten liegt.

Der Grundgedanke ist, daß die Aufgabe der Auffindung des wahren Sinnes des Gesetzgebers und die Thatsache der geschehenen Bekanntmachung auf gleiche Stufe gestellt werden, und daß nur derjenige Satz als eine den Bürger und die Behörde verbindende Norm angesehen wird, welcher die Forderungen der richtigen Auslegung und der Promulgation zugleich erfüllt.

Dem gemäß ist darnach vor Allem zu untersuchen, ob ein Gesetz vorschriftmäßig bekannt gemacht ist; und nur wo dem also ist, darf der beabsichtigten Vorschrift irgend welche weitere Beachtung gegeben werden. Es wirkt aber dieser Satz nach zwei Seiten. Einmal fragt sich, ob das thatsächlich Bekanntgemachte auch wirklich das von dem Gesetzgeber Beschlossene ist; ob also namentlich da, wo eine Zusammenwirkung verschiedener Factoren verfassungsgemäß nöthig ist, diese auch wirklich materiell und formell vorliegt? Da es aber hiebei nicht blos um die Einhaltung der äußern Form zu thun ist, sondern um die wirkliche Wahrheit, nur die erstere aber aus den bekannt gemachten Worten sich ergiebt, so ist ein Beweis aus anderweitigen sicheren Quellen, welche sie nun seyn mögen, unbedenklich gestattet. Eine nach solcher Untersuchung nicht als proclamirt zu erachtende Vorschrift, sey sie nun ein ganzes Gesetz oder nur ein Theil einer im Ganzen richtig zu Stande gekommenen Norm, ist völlig unberücksichtigt zu lassen. Zweitens aber folgt (wie oben bereits erörtert wurde) aus dem allgemeinen Satze, daß, wenn eine

von dem Gesetzgeber wirklich beschlossene Bestimmung thatsächlich nicht bekannt gemacht ist, sie auch nicht als Gesetz betrachtet werden darf.

Unterliegt die Thatsache einer mangellosen Promulgation keinem Zweifel, so tritt nun die Aufgabe einer richtigen Auslegung, d. h. der Auffindung des wahren Sinnes des Gesetzes, ein. Und zwar muß einer Seits jedes Gesetz eine solche Auslegung bestehen, auch wenn es noch so kurz und einfach wäre, indem auch hier der wahre Sinn zu beweisen ist; anderer Seits aber darf keines als unauslegbar zurückgewiesen werden. So lange ein Gesetz nicht auf rechtlichem Wege aufgehoben oder abgeändert worden, ist es anzuwenden, und zwar in seinem wahren Sinne, so weit diesen irgend menschliche Kunst ausfindig und wahrscheinlich machen kann. Unzweifelhaft bieten denn aber hier die Worte der Gesetze selbst die erste und wichtigste Quelle dar. Sie sind zur verständlichen und vollständigen Darlegung dieses Willens bestimmt, und es ist somit von ihnen mit Recht unmittelbar auf denselben zu schließen. Es findet dann hier die gesammte Theorie der Auslegung, sowohl des einzelnen Gesetzes an sich, als seiner Einfügung in das System, ihre volle Anwendung, ohne daß etwas Eigenthümliches zu bemerken wäre. Wenn die Worte des Gesetzes vollständig richtig gewählt sind, somit quantitativ und qualitativ der wahren Absicht des Gesetzgebers durchaus entsprechen, so bedarf es allerdings einer weitern Auslegung und der Aufsuchung anderer Auslegungsmittel lediglich nicht. Es kann aber auch in solchem Falle dieselbe nichts schaden, noch ändern, sondern sie ist nur als überflüssig zu erklären.

Allein ein so genauer und vollständiger Ausdruck des gesetzgeberischen Willens ist keineswegs immer, oder auch nur sehr häufig, vorhanden. Je ausgedehnter das Gesetz, *je verwickelter sein materieller* Inhalt, je vielseitiger seine

Beziehung zu anderen, früher bereits geordneten, Rechtstheilen ist, eine je größere Anzahl von Personen, vielleicht in verschiedenen Acten, an der Zustandebringung Antheil zu nehmen hat: desto leichter ist es möglich, daß die gewählten Worte den beabsichtigten Sinn nicht vollständig, nicht verständlich oder selbst nicht richtig ausdrücken. Viele Gesetze leiden an allen diesen Mängeln, und oft in einem hohen Grade. Vergeblich wäre es, wenigstens in allen solchen Fällen durch bloße Betrachtung und Erläuterung von Gesetzestexten die Zweifel lösen und die Fehler entfernen zu wollen; nicht selten weisen sogar die Worte an sich auf gar keinen Fehler hin, obgleich ein solcher allerdings vorhanden ist. Hier ist nun unzweifelhaft Recht und Pflicht, aus anderweitigen Quellen den wahren Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu erforschen. Und zwar erstreckt sich diese Aufgabe materiell so weit, als bekannt gemachte Worte gehen. Was zu deren Verdeutlichung, Vervollständigung und Berichtigung dient, ist gestattet und nothwendig; aber gar nicht Bekanntgemachtes darf allerdings auch aus solchen Quellen nicht als Gesetz erklärt werden. Gleichgültig ist dabei, welcher Art diese anderweitigen Quellen sind, wenn sie nur einen sichern Beweis ihrer Aussage zu liefern vermögen. Daß eigene, wohlüberlegte Erklärungen des Gesetzgebers selbst zu der zuverlässigsten dieser Quellen gehören, versteht sich freilich von selbst. Auch hier ist übrigens von eigenthümlichem Verfahren oder besonderen Regeln keine Rede. Einer Seits finden die allgemeinen Grundsätze der Auslegung auch bei der Anwendung dieses Materials ihre volle Anwendung; anderer Seits müssen die verschiedenen Handlungen und Rechtsgeschäfte, welche als Auslegungsmittel dienen sollen, den gewöhnlichen Vorschriften (*hinsichtlich* der Einwilligung, der Vollendung *u. s. w.*) *gemäß* gültig zu Stande gekommen seyn. Natür-

lich kann der Wunsch, eine wichtige Erklärung zu Stande zu bringen, unbeweisende Handlungen oder Reden nicht verstärken, oder unrechtlichen Kraft und Bedeutung geben.

§. 4.

Bei welchen Arten von Gesetzen findet eine Auslegung aus fremden Quellen statt?

Es ist nöthig, an dieser Stelle die Hauptargumentation zu unterbrechen, und einen Nebenpunkt, über welchen verkehrte Ansichten ausgesprochen worden sind, richtig zu stellen. — In der vorstehenden Erörterung war nur im Allgemeinen von der Auslegung der Gesetze auch aus anderen Quellen, als den bloßen Textesworten, die Rede. Und nur gelegentlich wurde bemerkt, daß eine solche Auslegung jede Art von Gesetz, das gesunde sowohl als das mangelhafte, das undeutliche wie das unrichtig ausgedrückte, betreffen könne. Dieser Allgemeinheit der Auslegung treten nun aber, wie oben bereits vorläufig bemerkt worden ist, Krug und Milhauser entgegen. Jener will eine solche Interpretationsweise nur auf solche Gesetze beschränken, welche schon in ihrer Abfassung undeutlich seyen; bei an und für sich deutlich formulirten Gesetzen könne dem schlichten Bürger die Einsicht in die, unter solcher tadellos scheinenden Form verborgen liegende, Nothwendigkeit einer weitern künstlichen Auslegung nicht angemuthet werden, wie bei Normen, welche ihre Mangelhaftigkeit vorn an der Stirne tragen. Der zweite aber erklärt sich für die Anwendbarkeit nur bei Gesetzen von zweifelhaftem Sinne, und bei solchen, welche einen Widerspruch oder eine Lücke enthalten.

Ist dem nun also? — Man darf sich wohl nicht bedenken, diese Frage unbedingt zu verneinen; und vielleicht ist eine Veränderung gestattet, wie je solche Meinungen von Rechtsgelehrten aufgestellt werden konnten.

Was nämlich die Krug'sche Ansicht betrifft, so ist vor Allem einleuchtend, daß die Frage, ob ein Gesetz an offenbaren Formmängeln leide, sehr verschieden beantwortet werden kann. Nicht nur möchten selbst Rechtsgelehrte häufig eine unter sich abweichende Meinung haben, je nach dem Grade ihrer Kenntnisse, ihres Scharfsinnes, oder auch wohl nach dem Zwecke, zu welchem sie das Gesetz benutzen möchten; sondern noch mehr dürfte sich Meinungsverschiedenheit ergeben, je nachdem ein Sachverständiger oder ein Rechtsungelehrter sich ausspräche. Und zwar würde bald der Eine bei seiner größern Uebersicht über die bestehenden Rechtssätze und seinem schärfern Eindringen in die Folgesätze ganz offenbar Zweifel sehen, wo der Unwissenheit des Andern alles einfach und richtig schiene; bald aber dürfte dem Ungelehrten Vieles rein unverständlich seyn, wobei der Mann vom Fache lediglich nichts zu erinnern fände. Wie soll nun aber festgestellt werden, ob ein concretes Gesetz zu denen gehört, welche mittelst der ständischen Papiere ausgelegt werden dürfen, oder ob es dieses Mittel nicht erleiden kann? Soll etwa die Meinung desjenigen entscheiden, welcher sich zuerst mit dem Gesetze beschäftigte? Oder soll hierüber unter den Rechtsgelehrten, soll im Volke abgestimmt werden? Oder aber kann jeder sich zur Auslegung für berufen Erachtende darüber nach Belieben eine subjective Meinung aufstellen und darnach verfahren? Offenbar wäre alles dieses gleich absurd. Es stünde somit nie mit Sicherheit zu bestimmen, ob ein Gesetz auf diese oder jene Weise ausgelegt werden müsse. — Sodann sey die Bemerkung gestattet, daß wenn je eine solche Unterscheidung zwischen alsbald und nur bei näherer Betrachtung unklarer Gesetze statthaft und ausführbar wäre, eine künstlichere und feinere Auslegung weit eher bei *den letzteren als bei* den ersteren Bedürfniß seyn würde. — *Endlich aber ist* überhaupt daran zu erinnern, daß der

Bürger schuldig ist, das Gesetz in seinem wahren Sinne zu kennen. Ob ihm die Erwerbung dieser Kenntniß leichter oder schwerer wird, ist (abgesehen vom Entschuldigungsgrunde in gewissen Straffällen) keine rechtliche Rücksicht, und kann von keinem Einflusse auf die rechtliche Behandlung der Gesetze seyn. Daß in der allerdings möglichen Verlegenheit namentlich des rechts- und geschäftsunkundigen Bürgers eine Aufgabe für den Gesetzgeber liegt, sich möglichster Deutlichkeit und Richtigkeit bei der Abfassung seiner Normen zu befleißigen, ist allerdings richtig; allein es dies kein Moment zur Beantwortung der vorliegenden Frage.

Noch weniger kann die von Milhauser aufgestellte Meinung Billigung erhalten. Einmal nämlich sind gegen sie alle die oben vorgebrachten Einwendungen ebenfalls gültig, indem auch sie je nach der angeblichen Klarheit oder Unklarheit der Worte und des Sinnes die Auslegungsmittel bewilligen will. Sodann aber liegt eine offenbare Folgewidrigkeit darin, bei Paronomieen und Lücken, nicht aber auch bei anderen Fehlern der Darstellung des gesetzgeberischen Willens, eine gewisse Hülfe für zulässig zu erachten. Welcher denkbare Grund kann vorhanden seyn, das, was erlaubt ist in jenen Fällen, für unstatthaft zu erklären bei einem fehlerhaften Ausdrucke, einer irrthümlichen Auffassung?

Nimmermehr also können diese Modificationen und Beschränkungen die Wahrheit enthalten. Wenn die Benutzung der ständischen Papiere überhaupt und bei irgend einer Gattung von Gesetzen erlaubt ist, (wie dies Krug und Milhauser zugeben,) so muß sie bei allen stattfinden. Der Streit kann sich nicht um die zu heilenden Uebel drehen, sondern über die allgemeine Tauglichkeit *oder Unbrauchbarkeit* des Mittels.

§. 5

Von der Verwendung der in den ständischen Schriften enthaltenen Auslegungsmittel insbesondere.

Steht auf diese Weise fest, daß für alle Arten von Gesetzen auch außerhalb der Worte liegende Erklärungsmittel gebraucht werden dürfen, so läßt sich nun ohne Störung durch allgemeine Fragen untersuchen, ob und in wie weit in repräsentativen Staaten die in den amtlichen Schriften der Stände enthaltenen Erklärungen, Beschlüsse und Aussagen passende Auslegungsmittel für die von Regierung und Volksvertretern gemeinschaftlich zu Stande gekommenen Gesetze sind?

Die Bejahung dieser Frage hat vom ersten Augenblicke an, in welchem ständische Verhandlungen zu Gesetzesauslegungen gebraucht werden konnten, in Deutschland nicht den mindesten Zweifel erlitten. Es wurde von Gelehrten, Geschäftsmännern und Ständemitgliedern als etwas sich ganz von selbst Verstehendes betrachtet. Zeuge dessen sind eine große Menge von Schriften aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, in welchen neue Gesetze und Systeme von Gesetzen erläutert werden, unzählige Aeußerungen in den ständischen Verhandlungen selbst. Die von Wächter zuerst vorgenommene Formulirung der Regeln überraschte nicht wegen der Neuheit des Grundgedankens an sich, sondern als der unvermuthet geordnete wissenschaftliche Ausdruck eines bisher nur nach dem Gefühle und fast unbewußt angewendeten Verfahrens. Man war verwundert zu erfahren, daß „man schon bisher Prosa gesprochen habe." — Allerdings beweist diese allgemeine Annahme noch nichts für die Wahrheit. Es giebt auch sehr verbreitete Irrthümer, welche erst eine spä-

Kritik in ihrer Richtigkeit zeigt. Somit ist denn die Frage, ob die ständischen Schriften ein erlaubtes Auslegungsmittel seyen, an sich zu untersuchen.

Hier scheint denn vor Allem eine Prüfung der in neuester Zeit erhobenen Einwendungen nöthig zu seyn. Es haben nämlich die oben genannten Rechtsgelehrten, welche sich überhaupt gegen die Anwendung von fremden Auslegungsmitteln erklären, die Benutzbarkeit der ständischen Schriften noch besonders in Abrede gestellt. Und zwar sind dreierlei Gründe vorgebracht worden; zwei allgemeinere, die Gesammtheit dieser Urkunden umfassende, und ein dritter, nur eine einzelne Seite der Frage berührender.

Im Allgemeinen nämlich wird zuerst behauptet, daß die ständischen Schriften etwas den Gesetzen ganz Fremdes und Heterogenes seyen, und ein von ihnen ganz verschiedenes Rechtsgeschäft enthalten [23]). Hier ist man wirklich in Verlegenheit, ob man den Sinn der Einwendung richtig aufgefaßt habe, so unbegreiflich ist sie. Wie ist es nämlich möglich, die Vorschläge, ein gewisses Gesetz gründen zu wollen, die Auseinandersetzung der Motive, welche hierfür im Allgemeinen, und welche für die einzelnen Bestimmungen sprechen, die Berathungen über Zweck und Mittel, die Beschlüsse über Verwerfung oder Zustimmung im Ganzen und im Einzelnen, die Erklärungen über den wahren Sinn gewisser Ausdrücke, mit Einem Worte, die Handlungen alle, durch welche das Gesetz Stück um Stück vor unseren Augen zu Stande kommt, und die amtlichen Urkunden hierüber: wie ist es möglich, fragt man billig, diese Dinge als etwas dem Gesetze heterogenes, von ihm verschiedenes, mit ihm kein homogenes Ganzes bildendes zu erklären?! Was

23) S. Schaffrath, Theorie, S. 49. und a. a. O.

würde jeder Rechtsgelehrte urtheilen, wenn sich Jemand beigehen ließe, schriftlichen Verhandlungen über einen zu schließenden Vertrag und Protokolle über persönliche Verhandlungen der Contrahenten und über ihre gegenseitigen bindenden Erklärungen als etwas dem endlich zu Stande gebrachten Contracte ganz Fremdes, zu dessen Auslegung ganz Unbrauchbares zu erklären? Ein Bestandtheil der Urkunde selbst sind natürlich solche Vorverhandlungen nicht; sonst wären sie ein Theil des Textes, und kein außer ihm stehendes Auslegungsmittel. Allein sie sind deßhalb doch mit seiner Geschichte und seiner rechtlichen Bedeutung auf das Engste verbunden, sind der natürlichste Commentar derselben, sobald überhaupt irgend einer zulässig ist. — Doch es wäre nicht nur eitel Zeitverschwendung, hierbei länger zu verweilen, sondern es erschiene selbst unrecht gegen den Urheber dieser Einwendung, indem es schiene, als wollte eine leichte Gelegenheit zum Siege über Gebühr benutzt werden.

Die zweite allgemein lautende Einwendung geht dahin, daß jeden Falles die in den ständischen Schriften enthaltenen Erklärungen wegen ihrer innern Unzuverlässigkeit zur Auslegung unbrauchbar seyen. Weder die wahre Ansicht der Factoren der Gesetzgebung über Absicht und Sinn der Gesetze enthalten sie, noch objective Gründe; sie haben keinen rechtswissenschaftlichen Zweck, sondern einen rein politischen. Sie seyen nur zur Ueberredung der anderen Factoren, oft nur eines Theiles, z. B. des Bauernstandes, bestimmt [24]). — Muß nun auch zugegeben werden, daß die Bedeutung einer Gattung dieser Erklärungen, nämlich der Motive von Anträgen, von den Anhängern der gemeinen Meinung überschätzt zu werden pflegt, (wie dies unten im §. 7. näher erörtert werden

24) S. Schaffrath, Theorie, S. 26.

wird,) so ist denn doch der eben aufgeführte Einwand nicht nur in dieser Allgemeinheit unbedingt falsch, sondern er kann auch selbst in seiner Beschränkung auf die Motive nicht als gültig zugegeben werden. Was das erste betrifft, so paßt er offenbar auf alle übrigen in den ständischen Schriften enthaltenen Aeußerungen gar nicht, so namentlich nicht auf bestimmte, in Folge von Anträgen und Erläuterungen abgegebene, wohl überlegte Erklärungen eines oder mehrerer Factoren der Gesetzgebung über Annahme und Verwerfung gewisser Punkte, über ausdrücklich gemachte Voraussetzungen, Bedingungen und Beschränkungen, kurz über bestimmten Willen in bestimmten Fällen. Hier kann von Unzuverlässigkeit nicht die Rede seyn. Ist auch die Erforschung des letzten Grundes einer Erklärung dem menschlichen Auge untersagt, so vermindert dies die rechtliche Gültigkeit derselben nicht im mindesten. Und nur von dieser ist hier die Rede. Allein die Einwendung ist selbst in ihrer Beschränkung auf nur einzelne Acte von Mittheilungen, gelinde ausgedrückt, wunderlich übertrieben. Nur in den wenigsten Fällen kann für einen Factor der Gesetzgebung auch nur ein Interesse vorliegen, einen falschen Grund für seine Mittheilungen vorzuzeigen; und in noch seltneren Fällen wäre das Mittel mit Aussicht auf Erfolg anwendbar. Und dann, ist denn die Ehre unserer Regierungen und Ständeversammlungen gar nicht in Anschlag zu bringen? Ist es doch dem bittersten Feinde derselben noch nicht beigegangen zu behaupten, daß alle ihre Auseinandersetzungen über beabsichtigte Gesetze nur Lüge und Trug seyen, und berechnet auf Täuschung unwissender Gegner. Eine solche Behauptung trägt ihre Verurtheilung in sich selbst. Ein Blick in die nächsten besten ständischen Verhandlungen muß eine andere Ansicht erzeugen. — Natürlich ist mit dieser Ansicht Vorsicht im Gebrauche der verschiedenen in ständischen Schriften enthal-

tenen Erklärungen sehr wohl vereinbar. So wichtig solche immer seyn mögen, so hat doch ihre Verwendung zur Auslegung eine Gränze, über welche hinaus sie nur mit Nachtheil für die Wahrheit gebraucht werden können. Die Aufsuchung der hierzu dienlichen Regeln ist eine belohnende Aufgabe für unbefangene Wissenschaftlichkeit.

Drittens endlich wird die Behauptung aufgestellt, daß wenigstens von der Benutzung stillschweigender oder gar nur fingirter Zustimmungen keine Rede seyn dürfe, indem juristische Personen nicht durch stillschweigende Zustimmung oder durch sprechende Handlungen ihren Willen zu erklären im Stande seyen, einmal weil Collegien als solche körperlich handeln können, weder positiv noch negativ, folglich auch nicht durch Handlungen oder stillschweigend ihren übereinstimmenden Willen erklären können; zweitens, weil ständische Verhandlungen immer nur durch ausdrückliche Abstimmungen auf ausdrückliche Fragen beschließen und widersprechen können, nie aber durch Stillschweigen [25]). Ein Beweis für diese Behauptungen wird nicht gegeben; und es bedarf auch wohl kaum erst der Bemerkung, daß sie eben so sehr den anerkanntesten Rechtssätzen, als der täglichen Erfahrung widersprechen. Ist es doch lediglich nicht abzusehen, warum eine moralische Person, und so namentlich eine ständische Versammlung, nicht eben so gut, wie jedes andere Rechtssubject, in vollkommener Kenntniß der Verhältnisse und frei eine Handlung sollte vornehmen können, welche nur unter der Voraussetzung erklärbar ist, wenn eine bestimmte Ansicht oder Zustimmung bei ihr bestand; und warum also bei ihr nicht in solchem Falle diese Ansicht als rechtskräftig bestehend angenommen werden könnte und müßte. Sobald zugegeben werden muß, (und wer wird diese Möglichkeit läugnen?) daß die Mit-

25) S. Schaffrath, Theorie, S. 18.

glieder eines solchen Collegiums über den Stand der Dinge unterrichtet seyn, und daß sie demgemäß eine bestimmte Ansicht fassen und ausführen können, ist doch sicherlich auch nicht der mindeste Grund zu einem Zweifel vorhanden. Und ebenso und aus denselben Gründen ist unbegreiflich, warum nicht auch ein ständisches Collegium durch Stillschweigen seinen Willen soll kund thun können, wenn es im Falle einer andern Ansicht und Absicht eine Aeußerung hätte von sich geben müssen. Die für die Abstimmungen festgestellten Formen können nicht für die Unerlaubtheit einer solchen Willenserklärung aufgeführt werden, denn sie sind natürlich nur für die Fälle einer Abstimmung gültig, nicht aber da, wo gar nicht abgestimmt, sondern der Wille auf andere Weise erklärt wird. Es erscheint somit die ganze Verwerfung stillschweigender landständischer Zustimmungen als eine rein willkürliche und rechtsunbegründete Behauptung. — Allein dabei soll nicht etwa geläugnet werden, daß nicht selten schon von den Auslegern neuer Gesetze ein Mißbrauch mit der stillschweigenden Einwilligung der gesetzgebenden Factoren getrieben, und namentlich aus einem nicht erfolgten Widerspruche auch in solchen Fällen eine Zustimmung gefolgert worden ist, in welcher eine Aeußerung gar nicht nothwendig war, somit das Schweigen auch nichts beweist. Daß auf diese Weise dem Gesetzgeber Dinge untergeschoben werden können, an welche er gar nicht gedacht hat, ist nicht zu läugnen, und die von Mittermaier in dieser Beziehung gemachten, bereits angeführten, Bemerkungen sind aller Beachtung werth. Allein im Ganzen folgt aus dieser Thatsache nichts weiter, als daß auch in dieser Beziehung Vorsicht nöthig, und daher die Aufstellung bestimmter Regeln zweckmäßig ist.

Aus diesen Erörterungen dürfte sich nun wohl ergeben haben, daß wenigstens diejenigen Gründe, welche

bis jetzt gegen die Benutzung des Inhaltes der ständischen Schriften zur Gesetzes-Erklärung vorgebracht worden sind, eine genauere Prüfung nicht aushalten; und daß nur die, freilich der vorliegenden Frage keineswegs eigenthümliche, Einräumung gemacht werden muß, es sey Mißbrauch durch Uebertreibung und falsche Anwendung zu vermeiden.

Ist aber mit einer Zurückweisung der bisherigen Angriffe auch schon der Werth der Sache an sich und positiv bewiesen? Sicherlich nicht. Möglicherweise könnten ja noch andere, gewichtigere Gründe gegen die ständischen Schriften bestehen. Dennoch aber will die Unterwerfung eines unmittelbaren Beweises ohne Zulässigkeit als völlig überflüssig erscheinen. In dem, was zur Widerlegung der gegnerischen Gründe, namentlich des ersten derselben, vorzubringen war, liegt der positive Beweis bereits vollständig entwickelt vor. Die Urkunden, welche die Entstehung des Gesetzes in allen Einzelnheiten und Schritt vor Schritt enthalten, sind nothwendig richtige Mittel zur Erforschung des beabsichtigten Sinnes. Allerdings mögen sie nicht immer in allen Fragen die gewünschte Auskunft ertheilen; es mag neben ihnen noch manches andere Auslegungsmittel möglich und nöthig seyn: allein dies beweist nur, daß sie, wie alles Menschliche, nicht vollkommen sind; nicht aber, daß sie nicht so weit sie gehen, vollkommen brauchbar sind.

Demgemäß scheint es völlig erlaubt, diese Frage als entschieden zu betrachten, und theils die allgemeinen Regeln über den vorsichtigen und maaßhaltenden Gebrauch derselben zu formuliren, theils aber die einzelnen Arten von Aeußerungen nach ihrer besondern Bedeutung und Anwendung zu prüfen.

§. 6.

Allgemeine Regeln des Gebrauches.

Ohne gerade auf eine unbedingte Vollständigkeit Anspruch zu machen, wird eine Aufzählung derjenigen Regeln, welche den richtigen Gebrauch der stillschweigenden Beschlüsse, die Wahrung des Verhältnisses der verschiedenen Arten von Willensäußerungen zu einander, endlich die Vollständigkeit der Benutzung des vorhandenen Materiales betreffen, sowohl den als richtig anzuerkennenden Forderungen der Kritik, als den Erfahrungen des Lebens entsprechen. Etwaige weitere Grundsätze könnten nur wieder bedeutende Nebenpunkte betreffen. — Hinsichtlich der stillschweigenden Beschlüsse ist nun aber

erstens die Regel in das Auge zu fassen, daß eine vollkommene Kenntniß der Verhältnisse und namentlich auch Bewußtseyn des aus der Handlung zu ziehenden Schlusses vorhanden seyn muß, wenn eine physische oder juristische Person durch eine concludente Handlung eine Ansicht oder Absicht rechtsverbindlich ausdrücken soll. Da nun eine deutliche Einsicht in solche, vielleicht freie und technisch-eigenthümliche, Rechtsgrundsätze weder bei der Regierung, noch namentlich bei einer Stände-Versammlung, ihrer persönlichen Zusammensetzung nach, immer vorausgesetzt werden darf: so kann bei beiden von einer sprechenden Handlung und einer daraus abzuleitenden Willens-Meinung nur dann die Rede seyn, wenn sie entweder ausdrücklich auf eine solche Folge einer beabsichtigten Handlung aufmerksam gemacht waren, und dennoch dieselbe nicht unterließen; oder wenn wenigstens aus den Verhandlungen unzweideutig hervorgeht, daß ihnen ein klares Bewußtseyn der rechtlichen Folgen im einzelnen Falle beiwohnte.

Zweitens. Wenn die Regierung oder ein ständisches Collegium einer Handlung oder einem Beschlusse ausdrücklich eine Verwahrung gegen eine bestimmte, daraus abzuleitende Folgerung, namentlich gegen die dadurch geschehende Anerkennung eines bestimmten Satzes, beifügt: so ist diese Nichtanerkennung zu achten. Ob der Betreffende dabei aber unlogisch verfährt, ändert nichts, indem er mit vollem Bewußtseyn eine Folgewidrigkeit kann begehen wollen.

Dritte Regel. Der von einem der Factoren der Gesetzgebung gefaßte, ausdrückliche oder stillschweigende, Beschluß kann als von einem der übrigen stillschweigend getheilt und nur in dem Falle betrachtet werden, wenn derselbe auf ihn durch eine Mittheilung aufmerksam gemacht war, und nun auf gültige Weise eine stillschweigende Einwilligung bethätigte (s. oben, erste Regel); oder aber wenn ihm, auch nicht aufmerksam gemacht, durch seine Vorsätze oder Aeußerungen bewiesen werden kann, daß er aus eignem Antriebe dieselbe Willensmeinung hatte. Als genügende Mittheilung aber ist nur eine förmliche und directe zu betrachten, nicht aber auch etwa ein Bericht in Tageblättern über das Verfahren des andern Factors, oder ein Abdruck der Protokolle derselben, indem man solche Schriften zu kennen nicht schuldig ist. Es gilt dies sowohl von den Beschlüssen selbst, als von ihren Begründungen, Motivirungen, Bedingungen.

Wenn, viertens, die Verfassung zu einem gewissen Acte eine bestimmte Anzahl von Stimmen erfordert, so kann in solchen Punkten von einem stillschweigend gefaßten Beschlusse nicht die Rede seyn, außer wenn eine der vorgeschriebenen entsprechende Anzahl von Mitgliedern, trotz dem daß auf die rechtliche Folge aufmerksam gemacht worden war, eine Willensäußerung von sich gab, welche

lediglich nur unter der Voraussetzung eines Beschlusses über den fraglichen Punkt einen Sinn hat [26]).

Bei einer genauen Beachtung der vorstehenden Regeln wird sich dann nicht selten der Fall ereignen, daß zwar einer der Factoren hinsichtlich eines von allen gefaßten Beschlusses eine auslegende Erklärung ausdrücklich gegeben hat, ohne daß aber die übrigen als stillschweigend in diese Modalität einstimmend betrachtet werden können, wenn sie schon noch weniger sich ausdrücklich oder durch concludirte Handlungen dagegen erklärten. Hier gilt denn nun endlich, fünftens, die Regel, daß zwar eine solche einseitige Aeußerung nicht als der Wille der gesetzgebenden Gewalt angesehen und zur Auslegung mit Beiseitesetzung der übrigen etwaigen Quellen benutzt werden darf; daß aber, wenn eine Auslegung aus anderen zulässigen Mitteln, z. B. den Worten, gefunden wurde, und mit diesen der wenigstens von Einem Factor herrührende Ausspruch übereinstimmt, die Beziehung des letztern zur ganz besondern Bestärkung dient. Sollten daher mehrere, von einander abweichende Auslegungen an sich möglich seyn, so entscheidet der Ausspruch des einen Factors unbedingt für diejenige, mit welcher er übereinstimmt.

Das richtige Verhältniß der verschiedenen Arten von Willensäußerung zu einander scheint gewahrt zu seyn, wenn nachstehende Regeln beobachtet werden:

Vorerst unterliegt es wohl keinem Zweifel, daß, wenn derselbe Factor der Gesetzgebung im Laufe der Verhandlungen über denselben Gegenstand zu verschiedenen Zeiten widersprechende Erklärungen abgegeben hat, die spätere anzuwenden ist. Theils kann sich seine Ansicht durch die Verhandlungen wirklich geändert, und er

26) Vgl. R. Mohl, Staatsrecht des K. Württemberg, 2te Aufl. Bd. I. S. 81 u. 93.

nur natürlich in der spätern Richtung seine Zustimmung gegeben haben; theils aber mag die Veränderung von einer Concession herrühren, welche den übrigen Factoren gemacht worden ist, um das Zustandekommen des Gesetzes möglich zu machen, in welchem Falle dann nur in dem Sinne dieses Zugeständnisses ausgelegt werden darf. Uebrigens muß, wenn von sich widersprechenden Erklärungen die frühere schriftlich, die spätere mündlich abgegeben wurde, und letztere nur aus den Protokollen über die Verhandlung zu entnehmen ist, mit vieler Vorsicht verfahren werden, weil hier möglicherweise ein Irrthum in der Aufzeichnung des Gesprochenen stattfinden könnte. Es ist daher der ganze Inhalt der Verhandlung, in welcher die mündliche Erklärung erfolgte, so wie der Erfolg derselben wohl zu prüfen, ob sie die Richtigkeit der Auffassung bestätigen, und nur im Bejahungsfalle kann die frühere schriftliche Erklärung mit Sicherheit als aufgegeben behandelt werden. — Sind aber, zweitens, an sich widersprechende Erklärungen von demselben Factor und in Beziehung auf verschiedene Gegenstände gegeben, so müssen dieselben sämmtlich, wie sie lauten, je auf ihre Materien angewendet werden, indem es sich zunächst nur davon handelt, die wirkliche Ansicht des betreffenden Factors ausfindig zu machen. Sollte auf solche Weise ein Widerstreit unter den Gesetzen selbst entstehen, (was aber keineswegs nothwendig ist,) so müßte freilich dieser durch Anwendung der gewöhnlichen Auslegungsgesetze beseitigt werden, also z. B. durch Aufsuchung der Regel und der Ausnahme, Zuweisung abgesonderter parallel laufender Gebiete der Wirksamkeit u. s. w. — Wenn, drittens, der einen gewissen Beschluß näher erläuternden Erklärung eines Factors (Motiv, Bedingung, Voraussetzung, Auslegung) eine damit unvereinbare Erklärung eines andern Factors entgegengesetzt, übrigens dadurch ein gemeinschaftlicher Beschluß über die

Sache selbst nicht verhindert wird: so heben sich die entgegengesetzten Erklärungen in der Art auf, daß keine derselben zur Auslegung des Beschlusses gebraucht werden darf, sondern diese seine Interpretation anderwärts her zu erhalten hat. Nur wenn dieser letztern Erklärung der erste Factor nachträglich seine stillschweigende Zustimmung gäbe, würde sie, als gemeinschaftlicher Willensact, auf betreffende Weise verwendet werden können. — Schließen sich aber, viertens, die von verschiedenen Factoren abgegebenen, von einander abweichenden Erklärungen nicht gegenseitig aus, sondern können sie, sich ergänzend, neben einander bestehen: so ist jede derselben an sich, als die Willensmeinung ihres Urhebers bezeichnend, aufrecht zu erhalten. In wie fern sie zur Auslegung des Gesetzes verwendet werden können, ist nach der allgemeinen Regel über die Verwendung einseitiger unwidersprochener Erklärungen zu beurtheilen.

Von den Vorschriften über die Vollständigkeit der Benutzung der vorhandenen Quellen ist wohl, da die Unstatthaftigkeit einer nur theilweisen und dadurch falschen Beziehung von selbst klar ist, auch dieser Fehler den Auslegern der constitutionellen Gesetze im Wesentlichen nicht zur Last gelegt werden kann, nur eine einzige noch besonders hervorzuheben. Sie betrifft die, nicht seltenen Fälle, in welchen die ständischen Verhandlungen über ein Gesetz ganz oder theilweise in geheimen Sitzungen vorgenommen, und auch später die zur vollständigen Orientirung über das Vorgekommene nöthigen Schriften verschiedener Art der Oeffentlichkeit nicht übergeben worden sind. Daß die Auslegung solcher Gesetze nach den sonst zur Hand befindlichen Mitteln vorzunehmen ist, kann natürlich im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegen; und es vermag den Ausleger keinerlei Tadel zu treffen, wenn er etwa den nur durch besondere Nachwei-

sungen erkennbaren wahren Willen des Gesetzgebers nicht vollkommen auffassen sollte. Zu warnen ist hier nur vor der Anwendung vereinzelter Schriften, welche möchten bekannt geworden seyn. So lange nicht die vollständige Reihenfolge des zwischen den drei Factoren Verhandelten und Festgestellten vorliegt, kann eine einzelne Urkunde, so wichtig sie auch scheinen mag, nicht ohne die entschiedenste Gefahr eines Irrthums angewendet werden. Aus einem bloßen Fragmente ist der wahre Wille des Gesetzgebers nicht nachweisbar darzulegen; also darf auch von demselben kein Gebrauch gemacht werden. Es ist dabei gleichgültig, ob die Erklärungen subjectiv unvollständig sind, d. h. von dem einen oder dem andern Factor fehlen, oder ob sich chronologische Lücken vorfinden, indem die Urkunden nur über ein bestimmtes Stadium der Verhandlungen vorliegen. — Sollte übrigens die Gesammtheit der eigentlich geheim zu haltenden Schriften durch irgend eine Veranlassung früher oder später bekannt werden, so dürfen nicht nur, sondern müssen vielmehr die in denselben enthaltenen Nachrichten zur Auslegung vollständig benutzt werden. Nur das geheim *seyn*, nicht aber auch das geheim *gewesen seyn* oder geheim *seyn sollen*, verbietet die Benutzung; und es ist völlig irrelevant, so weit von Auslegung die Rede ist, auf welchem Wege ein Nachweis über den wahren Willen des Gesetzgebers erlangt wurde, wenn er nur ächt, vollständig und darlegbar ist. Eine ganz andere, hier nicht weiter zu untersuchende, Frage freilich ist die, ob und welche Verantwortung etwa den unbefugten Bekanntmacher staatlicher Geheimnisse gesetzlich trifft.

(Der Beschluß folgt.)

VIII.

Der deutsche Strafprozeß,

verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren,

mit Prüfung

der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. II. im vorigen Hefte.)

§. VI. Oeffentlichkeit in Bezug auf das Publikum. Prüfung der Einwendungen gegen ein solches öffentliches mündliches Verfahren.

Die in dem vorigen §. geschilderten Vortheile des mündlichen Verfahrens beziehen sich vorzüglich auf denjenigen Strafprozeß, in welchem nach geschlossener Voruntersuchung das Hauptverfahren in mündlicher Verhandlung vor den urtheilenden Richtern geführt wird. Es läßt sich dies zwar auch ohne Oeffentlichkeit in Bezug auf das Publikum denken, wie bereits in manchen Staaten ein solches Verfahren vorkommt. Wir glauben aber, daß auch gewichtige Gründe die Zweckmäßigkeit der Einrichtung fordern, nach welcher bei allen Verhandlungen der Hauptuntersuchung das Publikum als Zuhörer Antheil nehmen

darf [1]). Ein entschiedener Vortheil dieses Verfahrens liegt in der Begründung eines größeren Vertrauens auf die Gerechtigkeit der gefällten Strafurtheile, und in dem tieferen Eindrucke, welchen die Verwaltung der Strafjustiz auf das Volk macht. Man hat in neuerer Zeit oft von dem Vortheile gesprochen, daß das Volk eine Controle über die Richter durch die Theilnahme an der Verhandlung übe. Die Unbestimmtheit und Unklarheit dieses Ausdrucks hat den Gegnern Waffen in die Hand gegeben, um zu zeigen, wie wenig der Begriff einer Controle passe. Unfehlbar verdient auch die Vorstellung der Volkscontrole keine Billigung; denn selbst da, wo die Zuhörer eine Unregelmäßigkeit bemerken oder das gefällte Urtheil nicht mit dem Ergebnisse der Verhandlungen im Einklange stehend betrachten, kann das Volk kein Recht ausüben, deswegen das Urtheil anzugreifen oder auf Abänderung anzutragen. Auch ist es richtig, daß in vielen Fällen die Personen, welche das Publikum in einer Gerichtssitzung bilden, nicht geeignet sind, eine Controle auszuüben und über die Rechtmäßigkeit der vorgekommenen Handlungen zu entscheiden. Man muß selbst zugeben, daß die Gegenwart des Publikums, das vielleicht leidenschaftlich aufgeregt ist, oder willkürlich Partei nimmt, keinen Einfluß auf die Ueberzeugung der Richter üben darf und das Gericht eben so sein Urtheil fällen muß, als wenn keine Zuhörer gegenwärtig gewesen wären. Allein die Oeffentlichkeit der Verhandlungen wirkt dennoch wohlthätig auf die Strafjustiz. Wir wollen es nur als einen Nebengrund geltend machen, daß die Gegenwart des Publikums der Verhandlung eine würdigere Haltung zu verleihen geeignet ist, und manche

1) S. darüber Ayrault l'ordre, formalité etc. pag. 535. Bentham rationale of judicial evidence, Vol. I. p. 148. Feuerbach Betrachtungen über Oeffentlichkeit, I. S. 159. v. Jagemann, die Oeffentlichkeit des Verfahrens S. 78.

Erscheinung der Gleichgültigkeit oder Unaufmerksamkeit der Richter (auch sie sind Menschen), die leicht in der geheimen Sitzung der wenigen Collegen sich einschleicht, zu beseitigen vermag. Weit wichtiger ist der Grund, daß das Volk, indem es nicht blos das gefällte Urtheil erfährt, sondern auch die Art, wie die Verhandlungen geführt wurden, das Gewicht der vorliegenden Beweise kennen lernt, und indem es die Gründe mit dem Urtheile vergleicht, größeres Vertrauen zur Gerechtigkeit der gefällten Urtheile faßt. Man beachtet zu wenig die veränderten Verhältnisse in der Stellung des Volkes. Man würde sich sehr täuschen, wenn man glauben wollte, daß noch jetzt wie einst, der unbedingte Glaube an die Weisheit der Akte der Regierung und an die Gerechtigkeit der Aussprüche der einzelnen Behörden bei dem Volke verbreitet ist. Die Regierungen selbst haben in neuerer Zeit so vielfach an das Volk appellirt, die größere Oeffentlichkeit der Staatsverwaltung hat den Geist der Prüfung hervorgerufen und genährt. Dieser Geist ist es, der auch bei der Verwaltung der Justiz gern nach Gründen fragt und die gefällten Urtheile selbst prüft. Von den Entscheidungsgründen, welche man den Strafurtheilen beizufügen gebot, war nur ein kleiner Schritt zur Forderung der Bürger, an den Verhandlungen des Gerichts selbst Theil nehmen zu dürfen. Man begreift jetzt nicht, warum, als die Vorschrift jene Gründe in Urtheilen anzugeben eingeführt wurde, die Anhänger des Alten gegen die neue Einrichtung sich sträubten und üble Folgen prophezeien konnten [2]). Man wird in einigen Jahren eben so wenig begreifen, wie man im J. 1841 die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen in Strafsachen

2) Der Staatsminister Niccolini erzählt, daß, als in Neapel 1774 die Motivirung der Urtheile vorgeschrieben wurde, eben so viele Stimmen sich erhoben, als später gegen die Oeffentlichkeit der Verhandlungen.

angreifen konnte. Wer nur wenige Zeit in der Mitte der Bürger in Ländern gelebt hat, in welchen diese Oeffentlichkeit besteht, weiß auch, wie lebhaft das Volk in den geselligen Kreisen an den Strafverhandlungen Theil nimmt und um so mehr von dem Ernste und der Gerechtigkeit der Strafrechtspflege Achtung hat, je mehr das Gewicht der in den Verhandlungen ausgemittelten Beweise zeigt, daß die Gerichte gerecht urtheilen. Wir gestehen gern, daß wir es für einen glücklichen Zustand eines Staats halten, wenn das Volk von der Vermuthung der Weisheit seiner Regierung und der Gerechtigkeit der Akte der Behörden ausgeht, und Vertrauen hat; wir sind aber auch überzeugt, daß die Anhänglichkeit und der Gehorsam noch fester da begründet sind, wo das Volk durch Gründe von dem Vorzuge der Staatsverwaltung überzeugt ist. Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen trägt aber dazu wesentlich bei. Wenn in dem Berichte der Commissionen der 2ten Kammer über den Würtembergischen Entwurf [3]) es als eine gerechte Forderung anerkannt ist, daß die Ueberzeugung von der Gesetzmäßigkeit des richterlichen Verfahrens Allen möglich gemacht werde, wenn aber behauptet wird, daß die vorgeschlagene öffentliche Darlegung des Resultats der verhandelten Akten in Verbindung mit dem controlirenden Vortrage des Vertheidigers dazu dienen werde, den Anspruch auf Oeffentlichkeit der Gerichtspflege vollkommen zu befriedigen: so muß man die Richtigkeit dieser Behauptung sehr bezweifeln. Schon das bloße, fast unvermeidliche Ablesen eines Vortrags ist nicht geeignet, die Aufmerksamkeit des Publikums zu fesseln und eine treue klare Ansicht von dem Stande der Beweise zu gewähren. Die Hauptsache ist, daß die Zuhörer wissen wollen, was der Angeschuldigte und die Zeugen vielleicht ausgesagt haben.

3) S. 28.

Die Erfahrung lehrt, daß diese mündlich vorgetragenen Aeußerungen am meisten geeignet sind, Eindruck auf das Publikum zu machen und das Vertrauen zur Gerechtigkeit der Strafurtheile zu begründen. 2) An den eben geschilderten Vortheil reiht sich der des stärkeren Eindrucks an, welche die öffentlich gepflogene Strafjustiz auf das Volk macht [4]). Wenn es anerkannt ist, daß die durch die Strafdrohung und die Vollstreckung bewirkte Abschreckung der Bürger ein wichtiger Nebenzweck ist, dessen Erreichung dem Gesetzgeber vorschwebt, so ist diese abschreckende Wirkung unfehlbar sicherer bei der öffentlichen Strafjustiz als bei dem geheimen Verfahren zu verlangen. Schon das öffentlich, unmittelbar nach den öffentlichen Verhandlungen gefällte Urtheil macht einen erschütternden Eindruck, der die Folge des Ernstes der Strafgerechtigkeit ist, die den Schuldigen trifft; die Verhandlung selbst bewirkt eine größere Kenntniß des Strafgesetzes bei dem Volke, und die Ueberzeugung, daß Niemand ungestraft es wagen darf, das Gesetz zu übertreten. Möchten die Gegner der Oeffentlichkeit nur einige Zeit in Ländern, wo öffentliche Verhandlungen vorkommen, unter dem Volke leben und beobachten, welchen Eindruck es macht, wenn der gewandte Präsident durch Fragen die Zeugen und den Angeschuldigten nöthigt, Wahrheit zu sagen, wenn er jeder Auslegung, jedem Versuche die Wahrheit zu verhüllen entgegenwirkt, wie der öffentliche Ankläger durch seine Vorhaltungen, durch die Fragen, welche er stellt oder stellen läßt, jeden Versuch des schlauen Angeschuldigten, der Ueberweisung zu entgehen, niederschlägt. Die furchtbare Lehre, daß der Schuldige nicht hoffen dürfe, den einstürmenden Fragen und der Kraft mündlicher Ver-

4) Eine treffliche Schilderung aus der Feder des jetzigen Ministers in *Neapel*, eines langjährigen Praktikers, Niccolini, in den *questioni di dritto* Vol. III. p. 17 20.

handlung zu entgehen, wird jedem gepredigt, der Verbrechen zu verüben geneigt ist. Wir wissen wohl, wie häufig man [5]) die Oeffentlichkeit der Untersuchungen als eine Bildungsschule der Immoralität verdammt. Man will behaupten, daß der ungebildete zur moralischen Verderbniß hingeneigte Mensch aus den öffentlichen Sitzungen Belehrung über die Ränke der Verbrecher, und die Kunstgriffe sich der Verurtheilung zu entziehen, schöpfe. Man sollte glauben, daß diejenigen, welche solche Behauptungen aufstellen, nie vorurtheilsfrei die Bedeutung öffentlicher Verhandlungen beobachteten und daß sie nie den Zustand der Länder damit verglichen, in welchen das geheime Strafverfahren besteht. — Auch in den letzteren bleiben Criminalfälle kein Geheimniß [6]); auch dort bilden die verübten Verbrechen einen willkommenen Gegenstand des allgemeinen Gespräch's in den Theegesellschaften wie in den Wirthshäusern und Familienkreisen; man würde sich sehr täuschen, wenn man glaubte, daß die Untersuchung und die Berathung der Gerichtscollegien darüber mit dem Schleier des undurchdringlichen Geheimnisses bedeckt bleibe; allein während in diesen Ländern nur einzelne aus dem Zusammenhange gerissene Nachrichten zur Kenntniß des Publikums gelangen, und nur diejenige Seite eines Criminalfalles hervorgehoben wird, welche am meisten die Neugierde reizt und die Neigung der Menschen zu abenteuerlichen und skandalösen Geschichten befriedigt, wird durch die öffentliche Gerichtsverhandlung der Fall in seiner Reinheit und Zusammenhange und in dem Ernste der Strafgerechtigkeit dem Volke bekannt. Nicht das Bild des schlauen

5) Neuerlich wieder in den Motiven zu dem revidirten Entwurf der Strafprozeßordnung für die preußischen Staaten. Berlin 1841. S. XXXII.

6) *Richtige* Bemerkungen in Leue, der öffentliche mündliche Anklageprozeß S. 255.

Verbrechers, dem seine Kunstgriffe gelingen und der deswegen im Stillen bewundert oder beneidet wird, sondern das Bild des Schuldigen, den sein Verbrechen vor das Gericht führt, wo sein Läugnen und seine Schlauheit ihm nichts nützt, wo der Lohn seines Verbrechens ihm folgt, erscheint vor dem Publikum. Das Volk erfährt zwar, wie gewandt der Verbrecher seinen Betrug oder seinen Diebstahl ausführte, oder durch welche Gifte die Verbrecherin ihren Gatten mordete; allein es hört auch, wie die Schlauheit vergeblich ist, wie dennoch die Wissenschaft die verborgenste Verübung der Giftmischung zu entdecken weiß, es erfährt das Verbrechen zugleich mit der unausbleiblich demselben folgenden Strafe. Ein Eindruck dieser Art ist nicht geeignet, zur Immoralität anzureizen. Mit Unrecht leitet man Schlüsse aus den auf das Interesse des Publikums berechneten Darstellungen interessanter Straffälle in Zeitungen, oder aus einer zuweilen erfolgenden (auch die Strafjustiz bei der geheimen Prozedur muß nicht selten den Schuldigen lossprechen) Freisprechung des Verbrechers ab, um das öffentliche Verfahren selbst zu verdächtigen. Die Zeugnisse erfahrener Praktiker jener Länder, in denen die Oeffentlichkeit blüht, sind diesem Verfahren eben in seiner Wirkung auf das Volk günstig, und beweisen, daß die Gegner ihre Behauptungen nicht auf wirkliche längere Beobachtung der Oeffentlichkeit bauen. Die statistischen Tabellen der Länder aber, in welchen geheimes Strafverfahren besteht, beweisen, daß die Zahl der im Lande verübten schweren Verbrechen nicht geringer ist, als die in den Ländern, in denen Oeffentlichkeit gilt, vorkommende Zahl. — Nicht gleichgültig sollte denjenigen, welche auf die Strafprozeßgebung Einfluß haben, die Stimme des Volkes seyn, welches in den Ländern, in welchen Oeffentlichkeit gilt, mit Begeisterung an diesem Verfahren hängt, verbunden mit den Zeugnissen der Praktiker jener

Länder über die Vorzüge deſſelben. Der Ausſpruch des preußiſchen Juſtizminiſters Mühler in ſeinem Berichte an den König [7]), daß auch in den alten Provinzen Preußens die Stimmen für eine Reform des preußiſchen Unterſuchungsprozeſſes nach Aehnlichkeit des rheiniſchen Verfahrens immer lauter werden, dürfte wichtig genug ſeyn; es iſt nicht ſchwierig nachzuweiſen, daß eine ähnliche Stimmung in allen deutſchen Staaten herrſcht. Man hat zwar in der Würtembergiſchen Kammer angeführt [8]), daß das Volk mit dem beſtehenden Verfahren zufrieden ſey, daß auch bei Gelegenheit einer Viſitation der Gerichte Ortsvorſteher und andere Perſonen über ihre Wünſche in Bezug auf die Rechtspflege vernommen worden ſeyen, Niemand aber den Wunſch nach dem öffentlichen Verfahren ausgeſprochen hätte. Wir möchten auf dieſe Behauptung nicht zuviel Werth legen. Wie kann man hoffen, daß bei der Art, wie dieſe Viſitationen vorgenommen werden, aus der Unterlaſſung der Stellung von Anträgen auf Oeffentlichkeit von Seite des Volkes etwas gefolgert werden darf, um zu beweiſen, daß das Volk keinen Sinn dafür habe? Schon überhaupt werden bei ſolchen Gelegenheiten nur ſehr wenige Perſonen vernommen und die ganz allgemein geſtellte Frage: ob der Befragte keine Wünſche vorzubringen habe, wird leicht darauf bezogen, ob der Vernommene keine Klagen über die am Orte angeſtellten Beamten und das dort geltende Verfahren anzugeben habe. Wünſcht die Regierung die wahren Anſichten des Volkes kennen zu lernen, ſo muß ſie andere Einrichtungen treffen. Uebrigens iſt auch in Würtemberg von Seite einiger Abgeordneten, welche die Wünſche ihrer Mitbürger kannten, der Anſicht in Bezug auf die Gleichgültigkeit des Volkes widerſprochen

7) S. 33.

8) Sitzung 23. vom 23. Novbr. 1841. S. 36.

worden. Man kann es nicht genug beklagen, daß von Seite der deutschen Juristen so wenig Interesse gezeigt wird, mit der wahren Bedeutung und dem Zusammenhange der öffentlichen Gerichtseinrichtungen sich bekannt zu machen. Ihr Urtheil über das vorgeschlagene Verfahren würde anders ausfallen, wenn sie nicht blos auf einer flüchtigen Reise als Zuschauer in einer oder in ein Paar Sitzungen, sondern durch längere Beobachtung in Ländern, wo es besteht, die Wirksamkeit des öffentlichen mündlichen Verfahrens studiren würden. Wenn in der Würtembergischen Kammer gegen die Berufung auf den Bericht des k. preußischen Justizministers Mühler bemerkt wurde [9], daß in Preußen, in einem Staate, der keine allgemeine Landesverfassung besitzt, Gründe einer solchen Maaßregel sich denken ließen, die in Würtemberg, wo eine solche Verfassung besteht, nicht zutreffen, so scheint es uns, daß die großen Vortheile, welche für eine gründlichere Rechtsprechung, für Abkürzung des Verfahrens und für die Möglichkeit einer sicheren Verurtheilung Schuldiger sich ergeben, in jeder Gesetzgebung aus dem öffentlich mündlichen Verfahren ohne Rücksicht auf die Verfassung des Landes die nämlichen bleiben, daß aber eben der Umstand, wenn Preußen die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens einführt, noch mehr ein Grund seyn dürfte, daß auch Länder, in welchen allgemeine Verfassungen bestehen, dies Verfahren einführen müssen, weil da, wo schon der Geist des constitutionellen Lebens das Interesse des Volkes an Oeffentlichkeit und damit einen

9) Hatte man damals gesagt: daß wohl nur aus politischen Gründen — denn aus rechtlichen technischen könnte es wohl niemals geschehen — die öffentliche Rechtspflege in Preußen eingeführt werden könnte; so bitten wir zu berücksichtigen, daß die von dem k. Justizminister Mühler angegebenen Gründe keine *reinpolitischen sind*, sondern auch in den inneren Vortheilen der *öffentlich mündlichen* Rechtspflege liegen.

Sinn eigener Prüfung [10]), welche Ueberzeugung von der Gerechtigkeit der Akte der Staatsbehörden fordert, geweckt hat, die Forderung der Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen noch leichter erklärt. 3) Die Oeffentlichkeit der Verhandlungen hat nicht selten den Vortheil, daß durch sie neue Beweise, die sonst verborgen geblieben wären, bekannt werden. Der Verfasser dieses Aufsatzes erinnert sich der Fälle, in welchen während der Untersuchung Zeugen, die über wichtige Thatsachen aussagen konnten, bei dem Präsidenten sich meldeten und nun von ihm vermöge seiner Gewalt in die Sitzung geladen wurden. In einem Falle war ein Zeuge in der Sitzung gegenwärtig. Es kam darauf an, nachzuweisen, daß der Angeklagte kurz vor der That an dem Orte des Verbrechens gesehen wurde. Ein vernommener Zeuge bezeugte dies, und erklärte, daß ein in dem Walde befindlicher Schäfer, den er aber nicht benennen, wohl aber beschreiben konnte, gleichfalls den Angeklagten damals gesehen hätte. Der Angeklagte läugnete an dem Orte gewesen zu seyn. Jener Schäfer befand sich unter den Zuhörern in der Assise und meldete sich dann zum Zeugnisse. — In einem andern Falle erklärte ein Mann, der in der Assise gegenwärtig war, nach der Sitzung im Gasthofe, daß er den Angeklagten gesehen habe, wie dieser an einem Bache seine ganz blutigen Kleider ausgewaschen hatte. Dies Zeugniß, das jetzt erst zur Kenntniß des Gerichts kam, wurde entscheidend, da sich ergab, daß dieser Vorfall unmittelbar nachdem der in Frage stehende Mord verübt war, sich ereignete. In einem dritten Falle bewirkte das erst be-

10) Wohl zu beachten ist, was in dieser Beziehung Hufnagel in dem Vorwort zu seinem ausgezeichneten Commentar über das Strafgesetzbuch von Würtemberg Bd. II. S. IX. in der Note über die Ansichten sagt, mit welchen das Volk in constitutionellen Staaten die Gesetze betrachtet.

kannt gewordene Zeugniß eines in der Assise gegenwärtigen Mannes, der bezeugen konnte, daß der Angeschuldigte an einem vom Schauplatze des Verbrechens weit entfernten Orte sich befunden habe, die Freisprechung des Angeklgten. 4) Nicht genug beachtet man endlich einen Vortheil der Oeffentlichkeit, der darin liegt, daß die Urtheile, vorzüglich auch freisprechende, ganz anders von dem Publikum gewürdigt werden können, als da der Fall ist, wo geheimes Verfahren besteht. Die sogenannte Lossprechung von der Instanz ist in dem öffentlichen Gerichtsverfahren unnöthig. Das Publikum, welches den vollständigen Inhalt der Verhandlungen kennen lernt, ist im Stande genau das Verhältniß des durch das Ergebniß der Verhandlungen als unschuldig Gerechtfertigten von demjenigen zu unterscheiden, wo nur die Unvollständigkeit der Beweise bewirkt, daß ein durch dringende Verdachtsgründe Angeklagter freigesprochen wird. Selbst das Benehmen des Angeklagten liefert den besten Schlüssel zur richtigen Auffassung des Sinnes, in welchem die Lossprechung erfolgte. 5) Die Oeffentlichkeit in Bezug auf das Publikum liegt selbst in dem Interesse der Angeschuldigten, wenigstens derjenigen, welche ihrer Unschuld sich bewußt sind oder doch wichtige Vertheidigungsgründe für sich anführen können. Wir wissen freilich, daß in der Würtembergischen Kammer als Grund gegen die Oeffentlichkeit eben die Härte angegeben wurde, die für den Angeschuldigten darin liegen soll, daß er öffentlich vor Gericht gestellt werden soll. Wir werden darauf in §. VII. antworten, bemerken hier aber nur [11]), daß in Ländern, in welchen Oeffentlichkeit besteht, das Volk von einer solchen Ansicht nichts weiß und im Gegentheile die Angeschuldigten wünschen, daß auch ihre Vertheidigung zur Kenntniß ihrer Mitbürger gelange.

11) Richtige Ansichten in Leue, der öffentliche mündliche Anklageprozeß S. 252 fg.

§. VII. Prüfung des Systems des öffentlich mündlichen Schlußverfahrens nach den Beschlüssen der Kammer der Würtembergischen Ständeversammlung.

Wir haben bereits im Allgemeinen im vorigen Hefte von den Vorschlägen, welche bei der Berathung des der Würtembergischen Kammer vorgelegten Entwurfs gefaßt wurden, Nachricht gegeben; allein damals lagen uns die gedruckten Protokolle über die Verhandlungen nicht vor. Jetzt erst ist auf den Grund dieser Vorlage die Darstellung des Ganges der Verhandlungen möglich, und verdient vorzügliche Beachtung, da es das Erstemal ist, daß in einer deutschen Ständeversammlung der Entwurf einer Strafprozeßordnung berathen wurde, und da bei der Berathung von ehrenwerthen praktisch gebildeten Männern Ansichten, Erfahrungen und Zweifel vorgebracht und Vorschläge gemacht wurden, welche auch die Aufmerksamkeit eines Jeden verdienen, welcher mit der Strafprozeßgesetzgebung sich beschäftigt. Wir haben bereits in der früheren Darstellung bemerkt, daß zunächst dem ursprünglichen Entwurfe und den Vorschlägen mehrerer Commissionsmitglieder der Wunsch zum Grunde lag, den bisherigen deutschen Strafprozeß in seinen Grundlagen beizubehalten, ihn möglichst zu verbessern, und durch die Gestattung eines Schlußverfahrens in den schweren Criminalfällen dem Angeschuldigten und zum Theil dem Publikum eine neue Garantie zu gewähren, daß kein Unschuldiger eine Strafe leide. Diesen Ansichten standen die Anträge andrer Mitglieder entgegen, welche consequent verlangten, daß die sogenannte Hauptuntersuchung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf den Grund einer durch den Staatsanwalt zu stellenden und zu begründenden Anklagsakte durch Zusammenwirken des urtheilenden Gerichts, des Anklägers und des Angeklagten und seines Vertheidigers, in deren Gegenwart die Beweismit-

tel benutzt würden, erfolgen sollte. Die Verschiedenheit dieser Ansichten übte ihren Einfluß bei der Berathung des Entwurfs aus; durch die Erklärung: daß das mündliche Schlußverfahren eine Reconstruction der vorausgegangenen Verhandlungen enthalten sollte, war eine der Klarheit schädliche Vorstellung in die Berathungen gekommen. Während die Anhänger der oben geschilderten ersten Ansicht die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nicht für ein wesentliches nothwendiges Mittel zur Entdeckung der Wahrheit, sondern nur für eine neue zur größeren Beruhigung dienende Garantie betrachteten und sie daher möglichst zu beschränken suchten, um nicht andere Nachtheile herbeizuführen, ging das Streben der Anhänger der zweiten Ansicht dahin, die Anwendung der Oeffentlichkeit zu erweitern und die von den Gegnern vorgeschlagenen Beschränkungen zu beseitigen. Der so häufig vorkommende Widerstreit der Ansichten über das Verhältniß des Anklage- und des Inquisitionsprozesses wirkte auch bei der Berathung des Entwurfs. Die Mehrheit der zweiten Kammer (58 Stimmen gegen 23) verwarf in der Sitzung vom 3. Novbr. v. J. den Antrag des Abgeordneten Duvernoy's, den Strafprozeß auf das Princip des Anklageverfahrens in der Art zu bauen, daß eine Voruntersuchung von einem Beamten, der im Lauf des Prozesses den Ankläger zu machen hat, geführt und das Hauptverfahren mit dem Anklageverfahren begonnen werde. Die Furcht vor dem neuen Institute des Staatsanwalts, die Besorgniß der Gefährdung der Interessen der Bürger durch das ihm einzuräumende Rekursrecht bewirkte, daß in der 24sten Sitzung vom 24. Nov. beschlossen wurde, keinen Staatsanwalt als ständigen Beamten aufzustellen. Da auf diese Art schon ein nach den Vorschlägen der Commission wesentlicher Punkt durch den Kammerbeschluß geändert war, so eröffnete sich nun ein neues Feld den verschiedenartigsten Vorschlägen, bei welchen nicht selten ein

ehrenwerthes Mitglied, welches nach seiner ausgesprochenen aber von der Mehrheit der Kammer nicht gebilligten Grundansicht die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit consequent durchzuführen wünschte, um nur Einiges zu retten, Anträge stellte, welche weder zum bisherigen noch zu dem neuen Verfahren paßten. In der 25sten Sitzung (Protokoll S. 22.) wurde ein solcher Antrag gestellt: es soll in der öffentlichen Sitzung der Referent des Collegiums die Anschuldigungspunkte gegen den Angeklagten und den ganzen faktischen Theil seiner Relation vortragen; der Vertheidiger soll darauf antworten und auf die Grundlage dieses Vortrags soll das Schlußverfahren angeordnet werden; der Referent soll an die Stelle des im Entwurfe bezeichneten Staatsanwalts treten, aber mit 51 gegen 30 Stimmen verworfen. Die Commission wurde nun beauftragt, über das ganze Schlußverfahren unter Berücksichtigung der bisher gefaßten Beschlüsse einen Bericht zu erstatten. Der Antrag der Commission als Ergebniß der neuen Berathung ging dahin, aus der Zahl der öffentlichen Rechtsanwälte des Kreises einen Ankläger zu bestellen, und diesem die Stellung der Anklagsakte zu übertragen. Der eventuelle Antrag ging darauf, den öffentlichen Ankläger aus den Mitgliedern des Civilsenats des Gerichtshofes oder aus der Zahl der Bezirksrichter zu bestellen. In der 29sten Sitzung vom 2. Decbr. begann die Berathung darüber. Der erste Commissionsantrag, aus der Zahl der öffentlichen Anwälte einen öffentlichen Ankläger in jedem einzelnen Falle zu bestellen, wurde von der Kammer angenommen. In der 30sten Sitzung vom 3. Decbr. war die Frage: ob und in welchen Fällen Zeugen in die öffentliche Sitzung geladen werden sollten, Gegenstand der Berathung. Mit Recht wurde der Antrag von Düvernoy gestellt, diese Vor*ladung* der Zeugen allgemein auszusprechen und die von der *Commission* vorgeschlagenen Beschränkungen (nämlich daß

die Vorladung der Zeugen erfolgen soll, auf den als statthaft erkannten Antrag des Angeschuldigten oder seines Vertheidigers, oder wenn das Gericht von Amts wegen die Vorladung für die Ausmittelung der Wahrheit für nöthig findet) wegzulassen. Leider machte sich die Ansicht, daß das vorgeschlagene Schlußverfahren erst nach völlig beendigter Untersuchung und nur zu dem Zwecke eintreten sollte, die Richtigkeit des Untersuchungsverfahrens zu verificiren, als vorherrschend geltend, und Duvernoy's Antrag wurde mit 61 gegen 15 Stimmen verworfen. Gleiches Schicksal hatte der Antrag Römelin's (verworfen mit 45 gegen 30), der wenigstens einige Fälle im Gesetze bezeichnen wollte, in welchem das Gericht verpflichtet seyn sollte, die Zeugen in der Schlußversammlung abhören zu lassen. Die weitere Berathung der Kammer bezog sich in der 31sten Sitzung auf die Frage: in welchen Fällen das Schlußverfahren eintreten sollte. Es war der Antrag von dem Abgeordneten Briel gestellt, daß in allen zur Entscheidung der Kreisgerichtshöfe gehörigen Fällen das öffentliche Schlußverfahren eintreten sollte. Die Besorgniß, daß darnach die Kosten, die Masse der Geschäfte der Gerichte sich zu sehr vermehren würden, schien die Mehrheit zu erschrecken, und der Antrag wurde mit 60 gegen 18 Stimmen verworfen. Glücklicher war ein Antrag (Holzinger's), der dahin ging, das öffentliche Schlußverfahren in den zur Entscheidung vor die Kreisgerichte gehörigen Fällen mit Ausnahme derjenigen, wo es sich um Geld- und Bezirksgefängnißstrafe handelt, dann eintreten zu lassen, wenn der Angeschuldigte darauf anträgt und der Gerichtshof den Antrag für begründet hält oder derselbe auch von Amts wegen sich dahin ausspricht, daß es von Interesse sey, das öffentliche Verfahren in dieser Weise eintreten zu lassen. Der Antrag wurde mit 67 gegen 10 Stimmen angenommen.

Das Ergebniß sämmtlicher Beschlüsse der zweiten Kammer in Bezug auf das Schlußverfahren ist nun folgendes: Wenn durch die Untersuchung der Gegenstand des richterlichen Verfahrens gehörig erschöpft ist oder weitere Aufklärungen nicht mehr zu erwarten sind, so tritt das Schlußverfahren ein (Art. 130.). Das Schlußverfahren wird öffentlich vor dem erkennenden Gerichte abgehalten: 1) in denjenigen kreisgerichtlichen Straffällen, welche gesetzlich mit Zuchthaus oder höherer Strafe bedroht sind; 2) in den übrigen kreisgerichtlichen Straffällen, wenn die Voraussetzungen des Art. 340 b zutreffen [11]); 3) in den bezirksgerichtlichen Straffällen, welche gesetzlich mit einer entehrenden Strafe bedroht sind; 4) in den übrigen bezirksgerichtlichen Fällen auf Verlangen des Angeschuldigten. Wenn in den Straffällen unter Nr. 2 und 4. die Voraussetzungen des öffentlichen Schlußverfahrens nicht eintreten, wird das Verfahren nicht öffentlich von dem Untersuchungsrichter beziehungsweise im Falle Art. 43. vor dem erkennenden Bezirkscollegium abgehalten. — In den Fällen, welche nur mit Geld- oder Bezirksgefängnißstrafe bedroht sind, findet niemals das öffentliche Verfahren Statt (Art. 131.). In dem zum Schlußverfahren vor dem Gerichtshofe sich eignenden Straffällen hat der Untersuchungsrichter die Akten — dem Gerichtshofe vorzulegen. Der Gerichtshof hat, sobald er die Untersuchung für geschlossen

11) Nach Art. 340 b tritt das öffentliche Verfahren ein, wenn der Gerichtshof dasselbe entweder von Amts wegen anzuordnen Grund findet, oder einen darauf gerichteten Antrag des Angeschuldigten für begründet erkannt hat. Einem solchen Antrage ist aber jedenfalls zu entsprechen, wenn die Anschuldigung eines mit entehrender Strafe gesetzlich bedrohten Verbrechens vorliegt und der Angeschuldigte sich im Besitze der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte befindet — den Fall des Art. 190. des Strafgesetzbuchs (Verbrechen in Bezug auf Religion) ausgenommen, in welchem gleichfalls das richterliche Ermessen einzutreten hat.

angenommen hat, aus der Zahl der öffentlichen Rechtsanwälte des Kreises einen Ankläger zu bestellen, ihn auf die Instruction der Art. 330 — 340. zu verpflichten, und ihm die Akten zur Fertigung der Anklagsakte zu übergeben (Art. 329.). Der öffentliche Ankläger hat sich in seinen sämmtlichen Functionen einzig an die Gesetze und seine eigene rechtliche Ueberzeugung zu halten. Der Ankläger hat vor Allem zu prüfen, ob alle Umstände, die auf das Endurtheil Einfluß haben können, durch die Untersuchung in das Klare gesetzt seyen. Entdeckt er erhebliche Mängel, so hat er bei dem Gerichte schriftlich die nöthigen Anträge zu machen, jedoch ist er verpflichtet, mit diesem Antrage zugleich die Anklagsakte selbst vorzulegen (Art. 330.) Hält der Ankläger die Untersuchung für erschöpft, jedoch weder Verurtheilung noch Entbindung von der Instanz [12]) für begründet, so hat er den Antrag auf Freisprechung bei dem Gerichte zu stellen. Tritt dies dem Antrage bei, so findet kein Schlußverfahren Statt (Art. 331.). Wird ein solcher Antrag von dem Gerichte verworfen, oder reichen nach dem Erachten des Anklägers die Beweise zur Verurtheilung nicht zu, so soll der Ankläger die gegen den Angeschuldigten sprechenden Gründe zusammenstellen, ohne genöthigt zu seyn, einen Antrag auf Verurtheilung in einer Anklagsakte zu stellen (Art. 332.). Die Anklagsakte muß eine treue Darstellung aller wesentlichen Umstände der That, die rechtliche Würdigung der in den Akten liegenden Beweise für die Anschuldigung und den Antrag auf Verurtheilung (oder Instanzentbindung) enthalten (Art. 333.). Die Art. 334 bis 337. beziehen sich auf die Bestellung des Vertheidigers und auf die Fristen für die Einreichung der Anklagsakte und der Vertheidigung. Sind in der Ver-

12) In der Sitzung vom 16. Febr. 1842 beschloß die Kammer, die Entbindung von der Instanz ganz wegzulassen.

theidigungsschrift Anträge auf Ergänzung gestellt und es findet das Gericht solche begründet, so ist, sofern dieselben nicht voraussichtlich im Schlußverfahren ihre Erledigung finden, die Wiederaufnahme der Untersuchung anzuordnen und das Ergebniß dem Ankläger und dem Vertheidiger mitzutheilen. Dem Gerichtshofe steht zu, einzelne minder wichtige Ergänzungen durch das Bezirksgericht am Sitze des Kreisgerichts, wenn sich der Angeschuldigte bereits daselbst befindet, erledigen zu lassen (Art. 338.). Nach Einlangung der Erklärung des Vertheidigers ist ein Termin zur Schlußverhandlung festzusetzen, die Einlieferung des Angeschuldigten und betreffenden Falles die Ladung der Zeugen zu verfügen (Art. 339.). In dem Schlußtermine geht die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in Gegenwart des öffentlichen Anklägers, des Angeschuldigten und seines Vertheidigers vor sich. Sie beginnt mit einem kurzen Vortrage des Gerichtsvorstandes über die Veranlassung der Untersuchung, worauf derselbe den Angeschuldigten auffordert, seine allgemeinen persönlichen Verhältnisse anzugeben. Hiernächst trägt der öffentliche Ankläger die Anklagsacte und der Vertheidiger die Schutzschrift vor. Der Gerichtsvorstand befragt den Angeschuldigten, ob er noch etwas zu seiner Vertheidigung vorzubringen habe. Auf dies Vorbringen des Vertheidigers oder des Angeschuldigten steht dem Ankläger das Recht mündlicher Erwiederung zu. Mit der hierauf ertheilten mündlichen Antwort des Ersten schließt die Verhandlung. Beide sowohl der Ankläger als der Vertheidiger haben hiebei die Verpflichtung, aktenwidrige Behauptungen des Andern zu berichtigen und nöthigenfalls den Antrag an den Gerichtsvorstand zu stellen, welcher hierauf sowohl als auch von Amts wegen die erforderlichen Aufschlüsse, oder soweit sonst faktische Ergänzungen des Vortrags des Anklägers oder Vertheidigers nöthig sind, aus

den Akten zu ertheilen hat (Art. 340.) [13]). Dem Gerichtshofe steht die Befugniß zu, entweder auf den für statthaft erkannten Antrag des Angeschuldigten oder seines Vertheidigers oder von Amts wegen, sofern dies für die Ausmittelung der Wahrheit nöthig zu seyn scheint, die Zeugen vorzuladen und in der öffentlichen Sitzung abzuhören. Wenn auf todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen ist, ist die Vorladung der Zeugen schon auf den Antrag von zwei Mitgliedern des Gerichts zu verfügen; in den übrigen Fällen aber wird die gewöhnliche Stimmenmehrheit zur einem solchen Beschlusse erfordert (Art. 340 a).

Wir ehren die Gründe, welche eine große Zahl achtungswürdiger Abgeordneter und die Mitglieder des Justizministeriums leiteten, von den Grundlagen des bisherigen Strafverfahrens sich möglichst wenig zu entfernen, die durch Einführung eines völlig neuen Verfahrens nothwendigen großen Kosten dem Lande zu ersparen und durch die Gestattung des vorgeschlagenen Schlußverfahrens dem Angeschuldigten eine neue Garantie zu gewähren. Eine Prüfung des dabei vorgeschlagenen Strafverfahrens ist aber doppelt nothwendig, weil für diese Vorschläge keine Bürgschaft der Erfahrung anderer Länder angeführt werden kann, und nach unseren oben angegebenen Schilderungen nur in einigen Schweizerkantonen und zum Theil in dem neuen sardinischen Gesetze von 1839 etwas Aehnliches vorkommt. Vorzüglich aber wird die Prüfung in der Beziehung wichtig, ob es möglich ist, mit Beibehaltung der Grundlagen des deutschen Strafverfahrens durch den vorgeschlagenen Zusatz einer mündlichen Schlußverhandlung jene Vortheile zu erlangen, welche die Strafprozeßordnung in dem öffentlichen Interesse gewähren muß, ob

13) Der übrige Theil des Artikels bezieht sich auf die Beschränkungen der Oeffentlichkeit, wovon schon oben im §. VI. die Rede war.

nicht vielmehr die vorgeschlagene Mischung des alten und neuen Verfahrens manche störende Beispiele herbeiführt.

Es sey erlaubt, einige Einwendungen gegen das vorgeschlagene Verfahren hervorzuheben.

I. Das Verfahren, wie es dem Würtembergischen Gesetzbuche zum Grunde liegen soll, beruht darauf, daß das ganze Strafverfahren, wie es bisher im deutschen Prozesse Statt findet, beendigt, daher die sogenannte General- und Specialuntersuchung geschlossen ist, und nun ein Schlußverfahren hinzukommt, in welchem dem Angeschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, Irrthümer und Unrichtigkeiten in den Untersuchungsakten zu berichtigen, dem erkennenden Richter eine neue Bürgschaft zu gewähren, daß das in den Akten liegende Material treu und vollständig gesammelt ist, und in den Fällen, in denen das Publikum Antheil nehmen darf, auch diesem Gelegenheit zu geben, sich von der Gerechtigkeit der gefällten Urtheile zu überzeugen. Wir läugnen nicht, daß durch dies vorgeschlagene Verfahren in manchen Fällen Vortheile für die Gerechtigkeit begründet werden können, weil da, wo die Untersuchungsprotokolle untreu sind, der Irrthum entdeckt werden kann, weil der Angeschuldigte mit dem Inhalte der gegen ihn vorliegenden Anschuldigung, mit allen gegen ihn gesammelten Beweisen, mit den Schlußfolgerungen, die man daraus ableitet, bekannt gemacht wird und Gelegenheit erhält, sich von den urtheilenden Richtern über die Wahrheit oder Beschaffenheit der Anschuldigungsthatsachen zu erklären, und im Zusammenhange seine Entschuldigungsgründe vorzutragen, so daß mancher Einseitigkeit vorgebeugt wird, welche leicht da sich einschleicht, wenn auf den bloßen Vortrag eines Referenten geurtheilt werden soll. Allein es dürfte nicht schwierig seyn, nachzuweisen, *daß das im* Würtembergischen Entwurfe vorgeschlagene *Verfahren nie die* Vortheile gewähren kann, welche da be-

gründet sind, wo die Hauptuntersuchung in der mündlichen Verhandlung vor den urtheilenden Richtern geführt wird [14]). a) Nach dem Würtembergischen Entwurfe soll ein kurzer Vortrag des Gerichtsvorstandes die Verhandlung einleiten und dann die Anklagsakte und die Vertheidigungsschrift vorgetragen werden. Die mündliche Verhandlung beschränkt sich auf die Erklärung des Angeschuldigten, was er zu seiner Vertheidigung vorzubringen hat, auf die mündlichen Erwiederungen des Anklägers und des Vertheidigers. Vergeblich hofft man dadurch den Richtern die Totalanschauung des Falles, die reine Uebersicht des ganzen Standes der Anschuldigung gewähren zu können. Freilich spotten die deutschen Juristen oft über diese sogenannte Totalanschauung, aber sie wissen häufig nicht, was sie angreifen. Eine flüchtige Reise durch die Rheingegenden oder durch Frankreich (wie viele Reisende sind gar nicht der bei den Personen aus den geringeren Ständen üblichen französischen Sprache so mächtig, daß sie den Verhandlungen ganz folgen können!) genügt nicht, um die wahre Bedeutung der Vortheile zu würdigen, welche durch die Theilnahme an der gut geführten mündlichen Verhandlung gewonnen werden. Nach dem Würtembergischen Entwurfe erfahren die Richter die Materialien ihrer Urtheilsfällung durch zwei einseitige Vorträge, in denen der Ankläger alle Thatsachen so darstellt, wie sie dem Zwecke die Anschuldigung zu begründen am günstigsten sind, und der Vertheidiger von seinem Standpunkte aus die Thatsachen so vorträgt, wie sie dem Zwecke der Vertheidigung am günstigsten sind. Bilde man sich nicht ein, daß sich die Sache in Würtemberg anders gestalten werde, als dies überall eintritt, wo bestimmten Personen die Verfolgung eines gewissen einseitigen Zweckes obliegt.

14) S. über diese Vortheile meinen Aufsatz im vorigen Hefte des Archivs S. 106.

Der Verfasser dieses Aufsatzes hat in sehr vielen Fällen in verschiedenen Ländern öffentliche Ankläger und Vertheidiger vortragen hören; überall tritt die nämliche Erscheinung ein, daß der Ankläger die Thatsachen, welche für die Anklage zu sprechen scheinen, mit dem möglichst anschuldigenden Gewichte hervorhebt, sie aus ihrem Zusammenhange reißt, die Aussagen des Angeschuldigten und der Zeugen so benutzt, wie dies dem Zweck der Anklage günstig ist, andere Thatsachen, die derselben widersprechen, verschweigt oder in den Hintergrund stellt, während der Vertheidiger auf ähnliche Weise verfährt, um seinen Zweck zu erreichen. Ganz anders ist dies bei der mündlichen Verhandlung, wie sie in Frankreich und England vorkommt. Hier kommen alle Aussagen, so wie sie der Zeuge oder der Angeschuldigte angiebt, in dem Zusammenhange, wie sie der Aussagende erzählt, entkleidet von allen Schlußfolgerungen, vorzüglich im Zusammenhange mit der Frage, welche die Antwort veranlaßte, zur Kenntniß der urtheilenden Richter. b) Auch der Umstand, daß der Ankläger die schriftliche Anklagsakte und der Vertheidiger die Vertheidigungsschrift ablieſt, ist nicht geeignet, die Vortheile mündlicher Verhandlungen zu gewähren. Man weiß, wie langweilig, den Geist ermüdend das Vorlesen vorhergeschriebener Vorträge ist. Jeder, welcher in Assisenverhandlungen schon oft dem Vorlesen der Anklagsakten beiwohnte, weiß, wie wenig dies geeignet ist, die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu fesseln. Nur der lebendige mündliche Vortrag spannt die Aufmerksamkeit und macht Eindruck. c) Hoffe man nicht, daß durch die Vorschrift, nach welcher der Angeschuldigte aufgefordert werden soll, anzugeben, was er zur Vertheidigung vorzubringen hat, durch die mündlichen Erwiederungen des Anklägers und des Vertheidigers und durch die oben angeführte Vorschrift im *Art. 340.* für die Herstellung des reinen Standes der That-

sachen viel gewonnen wird. Der im Allgemeinen befragte Angeschuldigte wird in den meisten Fällen sich auf die Protestation seiner Unschuld berufen. Er ist gar nicht im Stande, bei der flüchtigen Vorlesung der Anklage alle Thatsachen aufzufassen, die er berichtigen sollte, oder das Gewicht der Thatsachen, die gegen ihn zu sprechen scheinen, einzusehen. Höchstens wird er im Allgemeinen die Geschichte der That erzählen oder die Zeugen als lügenhaft beschuldigen, während da, wo wie in Frankreich die Hauptuntersuchung in der mündlichen Verhandlung vorgeht, der Angeschuldigte unmittelbar darauf, wenn der Zeuge aussagte, befragt, im Stande ist, dies Zeugniß anzugreifen oder Vertheidigungsmomente anzugeben. Was soll durch die Pflicht des Anklägers, Vertheidigers und des Vorstandes, Thatsachen zu berichtigen, gewonnen werden? Die Berichtigung kann sich nur darauf beziehen: ob in den vorliegenden Akten die Thatsache, so wie sie der Ankläger oder Vertheidiger vorträgt, wirklich vorkommt. Wer liefert aber eine Bürgschaft, daß die Aufzeichnung in den Akten treu geschehen ist? Der Vertheidiger kann dies nicht wissen; er muß sich an die Akten halten, die Richter müssen denselben trauen, und der große Vortheil der consequent durchgeführten Mündlichkeit, nach welcher die Richter aus dem Munde der Zeugen selbst die Aussagen erfahren, fällt weg. d) Die Kammer scheint bei ihren Beschlüssen sich nicht alle Combinationen, wie sie leicht vorkommen können, klar vorgestellt zu haben. Was soll geschehen, wenn der Angeklagte in der Schlußverhandlung sein früheres Geständniß zurücknimmt, oder wenn er gegen die Zeugen, die gegen ihn aussagten, bedeutende Einwendungen vorbringt, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugen zerstörten, oder wenn er neue Zeugen zu seiner Vertheidigung vorschlägt. Das Streben nach materieller Wahrheit gestattet nicht, daß man den Angeschuldigten in diesem Vorbringen be-

schränke. Erkennt man aber die Zulässigkeit desselben an, so wird in vielen Fällen ein neues Verfahren nothwendig, und die Untersuchung muß an das Untersuchungsgericht zurückgewiesen werden, wenn man nicht etwa vorzieht, die Ergänzung dem am Sitze des Kreisgerichts befindlichen Bezirksgerichte zu übertragen. e) Wenn man nach dem Vorschlage des Entwurfs in der Regel die Vernehmung der Zeugen in der öffentlichen Sitzung nicht anordnet, so fallen die wesentlichen Vortheile, welche die Hauptverhandlung des französischen Prozesses gewährt, weg. Man muß dann auf den Vortheil verzichten, daß der urtheilende Richter aus dem Munde des Zeugen und in dem Zusammenhange, wie er die Thatsachen erzählt, dieselben erfährt. Die Möglichkeit, daß jeder Richter selbst den Zeugen um jeden kleinen Umstand befragen, die Widersprüche hervorheben, Zweifel und Lücken in den Aussagen beseitigen kann, fällt ganz weg. Jeder aber, der schon oft an Assisenverhandlungen Theil nahm, weiß, wie werthvoll diese Befragung ist, wie oft erst in der Assise durch die Fragen der Richter die Aussage der Zeugen einen ganz andern Charakter gewinnt, indem sich ergiebt, daß der Zeuge, der vor dem Untersuchungsrichter aussagte, nicht gehörig befragt war, oder seine Aussage nicht in ihrem wahren Zusammenhange niedergeschrieben war. Der urtheilende Richter entbehrt bei der Würtembergischen Einrichtung den großen Vortheil, den Zeugen in seiner ganzen Individualität zu beobachten; durch die Festigkeit und Beharrlichkeit des Zeugen, durch die Weise, wie er jeder Einwendung begegnet, jede Lücke ergänzt, die stärkste Ueberzeugung von der Wahrheitsliebe des Zeugen oder durch die Beobachtung des Schwankens, des Stotterns, der Verlegenheit des Zeugen Momente zu erhalten, welche die Glaubwürdigkeit der Aussage schwächen. Der wichtige Umstand, daß bei der mündlichen Verhandlung die

Richter das Benehmen des Angeschuldigten bei jeder Aussage beobachten und die Erklärung unmittelbar auf die vorgelegte Aussage erhalten, fällt nach der vorgeschlagenen Einrichtung ganz weg.

II. Wenn zwar der Entwurf nach Art. 340 a in einigen von uns oben angegebenen Fällen dem Gerichtshofe die Befugniß giebt, Zeugen in die Sitzung vorzuladen und dort zu vernehmen, so ist doch diese Ermächtigung an Bedingungen geknüpft, welche besorgen lassen, daß dadurch leicht der Zweck vereitelt wird. Wenn der Entwurf die Vorladung der Zeugen von dem Antrage des Angeschuldigten abhängig macht, so ist zwar dies in sofern passend, als, wie in Frankreich, der Angeschuldigte Vertheidigungszeugen vorladen läßt, während er weiß, daß alle anderen Zeugen auf Betreiben des Staatsanwalts ohnehin vorgeladen werden. Nach dem Würtembergischen Entwurfe wird aber der Angeschuldigte in großer Verlegenheit seyn, wenn es von ihm abhängt, welche Zeugen in der Sitzung wieder abgehört werden sollen. Da wo er behauptet, daß die Aussagen des Zeugen nicht treu zu Protokoll aufgezeichnet wurden, wird er freilich auf die wiederholte Vernehmung antragen; sehr häufig aber kann der Angeschuldigte gar nicht vorhersehen, welche Aussage auf die Entscheidung Einfluß haben kann. Er wird daher oft lieber nicht die wiederholte Vernehmung des Zeugen begehren, weil er nicht besorgt, daß die Aussage nachtheiligen Einfluß auf das Urtheil haben werde; zu spät erst erfährt er in der Folge, daß das Gericht aus einer Aussage eine wichtige Folgerung gegen den Angeschuldigten abgeleitet habe. Ohnehin genügt nicht der bloße Antrag des Angeschuldigten auf Vorladung des Zeugen, sondern das Gericht muß erst prüfen, ob der Antrag statthaft ist; diese Prüfung ist aber schwierig, da das Gericht noch nicht den ganzen Stand der Sache da wo es über den Antrag des

Angeschuldigten entscheiden soll, kennt und so nicht gut beurtheilen kann, ob der Antrag gegründet ist. Nur zu gern werden die Richter geneigt seyn, das Vorgeben des Angeschuldigten, daß die Aussage nicht treu aufgezeichnet sey, für eine leere Ausflucht zu halten, und deswegen oder aus Furcht vor den großen Kosten den Antrag des Angeschuldigten auf Zeugenvorladung abweisen. Nach dem Entwurfe soll auch von Amts wegen das Gericht verfügen können, daß Zeugen in die Sitzung geladen werden, wenn dies zur Ausmittelung der Wahrheit nöthig zu seyn scheint; allein so gut diese Vorschrift gemeint ist, so wenig wird sie in der Erfahrung sich bewähren, denn es ist nicht einzusehen, waran das Gericht erkennen soll, daß die Vorladung der Zeugen nöthig ist. Wie soll das Gericht wissen, ob eine Zeugenaussage lückenhaft, ob sie treu aufgezeichnet ist, ob durch die zusammenhängende Darstellung der Aussage etwas gewonnen werden kann? Woran soll das Gericht erkennen, ob eine Aussage auf die Entscheidung wesentlichen Einfluß haben wird? Dies ist zwar bei Hauptzeugen über die Hauptthatsache des Verbrechens leicht erkennbar; allein wir bitten an den Indicienbeweis zu denken, wo der kleinste Nebenumstand oft wichtig wird und bei dem flüchtigen Durchlesen der Akten noch nicht zu erkennen ist, in welchem Maaße im Zusammenhange mit anderen Umständen eine Thatsache einflußreich seyn wird. Voraussichtlich wird daher häufig die Vorladung von Zeugen unterbleiben, deren Vernehmung in der Sitzung erst, wenn es zur Verhandlung kommt, dem Gerichte als wichtig sich darstellt. Ohnehin bedarf der Art. 340[a] noch einer großen legislativen Ergänzung. Es muß ausgedrückt werden, wann der Angeschuldigte den Antrag auf Zeugenvorladung stellen, und in welchem *Stadium* des Prozesses das Gericht urtheilen soll, ob ein *Zeuge vorzuladen* ist. Soll dies erst geschehen, wenn die

Anklagsakte eingereicht ist, oder schon vorher? Es muß ferner noch bestimmt werden, daß auch der öffentliche Ankläger auf Vorladung einzelner Zeugen antragen kann, und nicht blos die Vorladung von Zeugen, sondern auch die der Sachverständigen muß gestattet werden, da oft bei dem Widerstreit der Gutachten ihre Vernehmung in der Sitzung zur Aufhellung der Wahrheit beiträgt. Es muß endlich genauer die Art, wie in der mündlichen Verhandlung die Zeugen befragt werden sollen (ob auch der öffentliche Ankläger, ob der Vertheidiger fragen darf), im Gesetze bestimmt werden.

III. Nach dem Entwurfe ist die Zulässigkeit des mündlichen Schlußverfahrens nur auf einige Straffälle beschränkt. Wir haben oben nachgewiesen, wie der Art. 130, so wie er jetzt beschlossen ist, wie eine schwere Geburt endlich zu Stande kam und an eine große Zahl von besonderen Voraussetzungen gebunden ist. Ein gewisses Widerstreben mehrerer Abgeordneten gegen die neue Form und die irrige Auffassung des Zwecks der mündlichen Verhandlung bewirkte, daß man sich nur ungern entschloß, dies Schlußverfahren zuzugeben, und schon viel gethan zu haben glaubte, wenn man nur bei schweren Verbrechen dasselbe gestattete. Dieser Ansicht liegt eine doppelte irrige Voraussetzung zum Grunde, nämlich die, daß die mündliche Verhandlung nicht ein zur Entdeckung der Wahrheit nothwendiges Mittel, sondern nur eine in einigen seltenen Fällen nützliche, den Angeschuldigten und die Richter mehr beruhigende Einrichtung sey; ferner, daß das Interesse der Gesammtheit bei den geringeren Straffällen auch ein geringeres sey, und daß für den Angeschuldigten darin, daß er durch die Oeffentlichkeit den Augen des Publikums bloßgestellt würde, ein großes Uebel liegen werde [15]). Wir

15) Sitzung 23, Protokoll S. 21. Sitzung 31, Protokoll S. 22.

sind dagegen aus den schon im vorigen Aufsatze §. V. angegebenen Gründen überzeugt, daß in der Einrichtung, nach welcher die Hauptuntersuchung mündlich vor den urtheilenden Richtern geführt wird, der wesentliche Vorzug liegt, daß die Richter Materialien einer gerechten Urtheilsfällung erhalten, die durch kein anderes Verfahren mit solcher Sicherheit gewährt werden. Ist dies richtig, so kann zwischen den verschiedenen Straffällen kein Unterschied gemacht werden; ohnehin ist es immer willkürlich, wo man die Gränze zwischen schweren und minder schweren Straffällen ziehen will; man setzt sich der Gefahr aus, in den Fällen der letzten Art weniger gerechte Strafurtheile zu fällen, und verletzt dadurch eben so sehr die Rechte der Angeschuldigten, als das öffentliche Interesse, welches verlangt, daß jede, auch die geringste Strafe gerecht erkannt werde, und daß eben in der Mehrzahl der Straffälle, welche die geringeren Vergehen bilden, die allgemeine Ueberzeugung von der Gerechtigkeit der Strafen begründet und das Gericht durch die mündliche Verhandlung in den Stand gesetzt werde, gegen den Schuldigen die verdiente Strafe zu erkennen. Innere Gründe eben so wie die Erfahrung zeigen aber den Irrthum der Ansicht, daß die öffentliche mündliche Verhandlung für den Angeschuldigten eine so große Pein sey. Der Verfasser hat lange in Gegenden gelebt, in welchen das französische Verfahren gilt; die Beachtung der Ansichten des Volks hat ihn überzeugt, daß der Unschuldige auf das lebhafteste die öffentliche Verhandlung wünscht, damit jeder Schatten des Verdachts wegfalle und das Publikum von der Grundlosigkeit der Anklage sich überzeuge; auch der Schuldige, der zwar Strafe verdiente, aber Entschuldigungsgründe, welche wenigstens die scheinbar schwere Anschuldigung in einem *weit milderen* Lichte darstellen, wünscht dringend, daß er *vor seinen Richtern* selbst und vor dem Publikum seine

Vertheidigung angeben könne; und so bleiben nur einige Angeschuldigte übrig, welche die öffentliche Verhandlung scheuen, entweder weil sie wegen der Neuheit der Einrichtung sich keine klare Vorstellung machen können, oder weil sie wünschten, daß ihr verübtes Verbrechen dem Publikum völlig verborgen bleiben möchte. Bei der Ersten wird, wenn einmal im Lande länger die Einrichtung gilt und die wahre Bedeutung derselben im Volke erkannt wird, das Vorurtheil schwinden. Die Wünsche der Zweiten aber verdienen keine Rücksicht, wo das öffentliche Interesse so dringend die mündliche Verhandlung fordert. Macht der Gesetzgeber Unterscheidungen der Straffälle, so daß nur bei den schweren die öffentliche mündliche Verhandlung eintreten soll, so setzt er sich der Gefahr aus, durch diese Vorschrift vielfache Verzögerungen und vermehrte Kosten der Strafprozesse herbeizuführen. Nimmt man an, daß nur bei den mit Zuchthaus oder höherer Strafe bedrohten Verbrechen die öffentliche mündliche Verhandlung eintreten soll, so tritt unvermeidlich in allen Fällen, in welchen eine Strafdrohung vorliegt, die von dem Arbeitshaus in das Zuchthaus übergeht, großer Streit ein, ob das mündliche Schlußverfahren eingeleitet werden soll. In einer Reihe von Fällen hängt die Frage, ob Arbeits- oder Zuchthaus erkannt werden soll, von Umständen ab, über deren Daseyn erst am Schlusse der vollständigen Verhandlung von dem Gerichte erkannt werden kann, z. B. bei der durch vorsetzliche Körperverletzung verursachten Tödtung (Strafgesetzgebuch Art. 246.). Wie wenig kann man vorher bestimmen, ob das Gericht einen Fall unter Nr. 1 oder Nr. 3. subsumiren wird! Wie weit ist der Strafrahmen z. B. im Art. 259. bei der Kindesaussetzung, wo das Gericht zwischen 4 Jahr Arbeitshaus bis 10 Jahr Zuchthaus zu wählen hat, oder bei Nothzucht (Art. 295.), wo die Strafdrohung von 4 J. Arbeitshaus bis 15 Jahre

Zuchthaus geht! Wie wenig kann man vorhersagen, ob bei Todtschlag (Art. 243.) das Gericht den Anreiz von Seite des nachher Getödteten als schwere Beleidigung auffassen wird, oder nicht? Wie wenig läßt sich vorher bestimmen, ob ein Straffall als Diebstahl oder als Raub beurtheilt werden wird? und dennoch hängt davon das Eintreten der Arbeits- oder Zuchthausstrafe ab. Es würde daher nicht selten der Fall vorkommen, daß der Gerichtshof, der nur vorläufig zu erkennen hat, ob mündliches Schlußverfahren eintreten soll, oder nicht, nur annimmt, daß Arbeitshaus eintreten werde, daher kein Schlußverfahren einleitet, während bei der Abstimmung im Gerichtshofe sich ergiebt, daß der Fall härter als ein solcher beurtheilt wird, der Zuchthaus nach sich zieht, so daß dann nachträglich erst das Schlußverfahren eingeleitet werden muß. Es ist klar, daß durch eine solche Einrichtung große Verzögerungen und Nachtheile entstehen würden. Es war daher zweckmäßig, daß die Kammer durch ihren Beschluß in den übrigen kreisgerichtlichen Fällen das mündliche Schlußverfahren zuließ; allein nicht zu billigen sind die beigefügten Beschränkungen: denn schon überhaupt wird nach dem zuvor Ausgeführten es oft sehr streitig seyn, ob der Fall zu denjenigen gehört, in welchen unbedingt, oder zu denjenigen, in welchen unter Beschränkungen das Schlußverfahren eintreten soll. Wenn in den nicht mit Zuchthausstrafe bedrohten Fällen nach dem Beschlusse der Kammer das mündliche Verfahren eintreten soll, wenn der Angeschuldigte es verlangt, so ist dies nicht passend. Es ist mit Recht schon von ehrenwerthen Abgeordneten bemerkt worden, daß dadurch zuviel von dem Verzichte des Angeschuldigten abhängig gemacht wird, daß auch dies Verlangen von Seite mancher Angeschuldigten nicht durch *gute Motive* herbeigeführt seyn wird [10]); noch wichtiger

10) Sitzung 31, Protokoll S. 4.

ist aber, daß der Angeklagte häufig gar nicht wissen kann, ob der Fall zu denjenigen gehört, in welchen von seinem Antrage die Schlußverhandlung abhängig gemacht wird. Der Angeschuldigte wird begreiflich den Fall in dem mildesten Lichte sich vorstellen, und daher annehmen, daß eine geringere Strafe eintritt; er wird daher die Schlußverhandlung nicht fordern; erst wenn es zur Urtheilsfällung kommt, zeigt sich aber, daß das Gericht den Strafall unter einer schwereren Gestalt auffaßt; ein Schlußverfahren ist dann nicht eingetreten, und zu spät erfährt der Angeschuldigte, daß er sich getäuscht habe und eine Schlußverhandlung nicht forderte, die er sicher verlangt haben würde, wenn er die eintretende schwere Strafe hätte vorhersehen können. Auf jeden Fall bedarf es noch einer gesetzlichen Vorschrift für den Fall, wo mehrere Mitschuldige angeklagt werden und Einer derselben das Schlußverfahren fordert, während die Anderen nicht darauf bestehen. Begreiflich muß der Antrag eines Einzigen schon genügen. Wenn das mündliche Verfahren nach dem Beschlusse der Kammer bei kreisgerichtlichen Fällen, die nicht mit Zuchthaus bedroht sind, eintreten soll, so oft das Gericht von Amts wegen dies Verfahren für nothwendig erkennt, so dürften sich die Gesetzgeber gleichfalls in Bezug auf den Erfolg dieser Vorschrift täuschen. Das Gericht hat nämlich keinen sicheren Anhaltspunkt, nach welchem es die Nothwendigkeit der Schlußverhandlungen beurtheilen kann. Die blos vorläufige Kenntniß des Inhalts der Akten genügt nicht hiezu; es ist vorherzusehen, daß die Gerichte ohnehin die Schlußverhandlung nicht mit günstigen Blicken betrachten und daher häufig die Einleitung desselben für nicht nothwendig erkennen werden, weil sie voraus gar nicht die möglichen Vortheile berechnen können, die in dem einzelnen Falle der Schlußverhandlung einen Werth gegeben haben *würden*. Nach dem Beschlusse der Kammer soll in

den bezirksgerichtlichen Fällen, die mit einer entehrenden Strafe bedroht sind, die Schlußverhandlung immer eintreten. Gewiß ist diese Vorschrift gerecht, weil die entehrenden Folgen so tief eingreifende und schwere sind, daß bei ihnen die Garantieen eben so wie bei den mit Zuchthaus bedrohten Fällen nothwendig werden; allein in der Anwendung wird auch diese Vorschrift manche Schwierigkeiten erzeugen, da es häufig nicht leicht voraus zu bestimmen ist, ob eine entehrende Strafe eintreten wird, oder nicht. Bei Beleidigung der Amtsehre (Art. 162.) wird, wenn Thätlichkeiten verübt wurden, Arbeitshaus eintreten, in Fällen aber, wo der Beamte durch ungebührliches Betragen einen gerechten Affekt des Thäters veranlaßt hat, tritt nur Gefängniß (also nicht entehrende Strafe) ein. Wie fein aber ist hier die Gränze! Wer kann voraussehen, ob das urtheilende Gericht den Affekt als einen gerechten anerkennen wird, oder nicht? Wer kann voraus bestimmen, ob bei Befreiung eines Gefangenen das Gericht Gefängniß oder Arbeitshaus erkennen wird, da das Gesetz (Art. 180.) in schwereren Fällen die zuletzt genannte Strafe zu erkennen gestattet? Es wird daher häufig Streit entstehen, ob Schlußverfahren (weil entehrende Strafe droht) eintreten soll, oder nicht. Nicht selten wird kein solches Verfahren eingeleitet werden, weil man nicht die entehrende Strafe voraussetzte, während am Schlusse dennoch eine solche Strafe erkannt wird.

IV. Daß die Kammer mit Unrecht bei der Anordnung des Verfahrens den Staatsanwalt entfernte und jener großen Vortheile sich beraubte, welche der durch einen solchen Beamten geleitete Anklageprozeß gewährt, soll in §. IX. im Zusammenhange mit der Lehre von dem Staats*anwalte nachgewiesen* werden.

§. VIII. Prüfung des im neuen königl. preußischen Entwurfe vorgeschlagenen Schlußverfahrens.

Eine neue, seit dem Drucke unseres Aufsatzes, worin wir von den neuesten Gesetzgebungsarbeiten über Strafprozeß Nachricht gaben, erst bekannt gewordene legislative Erscheinung ist der am Ende des J. 1841 erschienene revidirte Entwurf der Strafprozeßordnung für die preußischen Staaten. Unfehlbar enthält derselbe bedeutende Verbesserungen des bisherigen preußischen Verfahrens; insbesondere ist die Verhaftung der Angeschuldigten mehr beschränkt als früher (Entwurf §. 151.); die Anwendung der Ungehorsamsstrafen ist sehr vermindert (§. 192.); die in der preußischen Criminalordnung fehlende Trennung der Vor- und Hauptuntersuchung, so daß auf die letzte förmlich erkannt werden muß, ist im Entwurfe (§. 170.) aufgenommen; die außerordentliche Strafe ist beseitigt, die Bestimmungen über den Beweis sind vereinfacht, so daß dem Ermessen des Richters eine größere Freiheit eingeräumt ist. Dagegen bleibt der Entwurf dem deutschen schriftlichen, nicht öffentlichen, inquisitorischen Verfahren treu, und die Motive zu dem Entwurfe [17]) suchen nachzuweisen, daß das oft vorgeschlagene mündliche öffentliche Verfahren keine Billigung verdiene [18]). Die Verfasser des Entwurfs glaubten aber den Forderungen auf Umgestaltung des Strafprozesses in sofern eine Concession machen zu müssen, als sie eine Art mündlicher Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte einzuführen beabsichtigten. Nach Art. 317. des Entwurfs muß nach dem Schlusse der Berathung über den Vortrag des Referenten vor der Abstimmung eine mündliche Ver-

17) Motive, Vorbemerkungen S. II bis XLVI.

18) *Die dort angegebenen* Einwendungen sind bereits oben im *§. VI. geprüft worden.*

handlung vor dem erkennenden Gerichte Statt finden, wenn entweder demselben die nochmalige Vernehmung des Angeschuldigten, der Zeugen oder anderer Personen nothwendig oder zweckmäßig erscheint oder Bedenken über die Schuld oder Unschuld vorhanden sind, oder wenn der Inquisit oder sein Vertheidiger auf eine solche mündliche Verhandlung antragen. Das erkennende Gericht setzt dann einen Termin zu derselben an und verordnet die Sistirung des Angeschuldigten und Vorladung der Zeugen. Nach Art. 318. ist das mündliche Verhör von dem Gerichtsdirigenten abzuhalten und mit der Vorlesung der in der Relation enthaltenen Geschichtserzählung zu beginnen. Der Angeschuldigte wird zu Bemerkungen darüber aufgefordert. Durch die mündliche Verhandlung und Vernehmung des Inquisiten und der Zeugen sollen die bei dem Vortrage des Referenten herausgestellten Bedenken und Zweifel über erhebliche Umstände in näheres Licht gesetzt und Alles berücksichtigt werden, was beitragen kann, um den erkennenden Richter die vollständige Ueberzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten zu geben. Es haben alle anwesenden Mitglieder des Gerichts die Befugniß, ihrer Seits dem Vernommenen Fragen vorzulegen. Nach §. 319. ist auch der Vertheidiger berechtigt, in der Verhandlung Fragen vorzulegen, worüber der Inquisit oder die Zeugen zu vernehmen sind. Nach §. 320. wird über die Verhandlung ein Protokoll aufgenommen. Nach §. 321. darf, wenn ein mündliches Verfahren Statt gefunden hat, das Erkenntniß nur nach abermaligem Vortrage des Referenten und darauf erfolgter Abstimmung abgefaßt werden. Die Motive[19]) geben zu, daß die schriftlichen Vorträge (nach dem bisherigen Verfahren) dem Richter nicht immer den Fall in seiner Totalität in dem Maaße zur

19) S. 127.

Anschauung bringen, daß seine Ueberzeugung sich vollkommen feststellen kann. In solchen Fällen wird, wie die Motive gestehen, es für den Richter von Werth seyn, die betheiligten Personen selbst zu sehen und zu hören; allein dies wird höchst selten der Fall seyn. Die mündliche Verhandlung soll aber ungenügend seyn, wenn nicht ein vorhergegangener aktenmäßiger Vortrag den Richter in den Stand setzt, die Sache zu übersehen und die Lücken und Zweifel zu bemerken, deren Beseitigung durch das mündliche Verfahren noch erforderlich seyn dürfte. Die Verbindung beider Systeme soll die größtmögliche Sicherheit der Gründlichkeit der Rechtspflege gewähren, und dazu sollte man dem Gerichte das Recht geben, nach Anhörung der Relation das mündliche Schlußverfahren noch anzuordnen, so wie es dem Angeschuldigten gestattet seyn soll, es zu verlangen.

Man bemerkt leicht, daß in der Grundidee dies in Preußen vorgeschlagene Verfahren mit dem des Würtembergischen Entwurfs übereinstimmt; es gewährt aber zum Theil mehr als der letzte, während es auf der andern Seite weniger giebt. Mehr ist nämlich dadurch gegeben, daß das Schlußverfahren immer eintreten muß, wenn der Angeklagte es verlangt; daß die Vorladung der Zeugen regelmäßig eintritt, wenn das mündliche Verfahren zugelassen wird, wogegen nach dem Würtembergischen Entwurfe mehr gegeben wird, indem ohne vorgängige Relation, vielmehr sogleich wenn die Untersuchung geschlossen ist, die Schlußverhandlung eintritt, durch die Anklagsakte auch eine bessere Grundlage für die Verhandlung gewährt wird, als dies nach dem preußischen Entwurfe der Fall ist. Wir glauben aber, daß auch die im preußischen Entwurfe vorgeschlagene Einrichtung, wenn sie auch in einigen Fällen zur Entdeckung der Wahrheit beiträgt, keine wesentliche Verbesserung des deutschen Strafprozesses

gewährt und selbst manche Nachtheile erzeugt. 1) Die Schlußverhandlung kommt erst vor, nachdem bereits die ganze Untersuchung geschlossen, die bedeutende Zeit zur Vorbereitung des Referenten angewendet und der Vortrag erstattet ist. Statt des Endurtheils, welches nach der deutschen Einrichtung die Sache beendigte, tritt jetzt erst ein neues Verfahren ein; bis die Zeugen vorgeladen werden, geht wieder Zeit verloren, die mündliche Verhandlung selbst fordert Zeit, ein neuer Vortrag wird nothwendig, und so wird häufig die Urtheilsfällung sehr verzögert, es werden die Kosten vermehrt werden, was nicht eingetreten wäre, wenn sogleich nach beendigter Voruntersuchung die mündliche Verhandlung Statt gefunden haben würde. 2) Es kann unmöglich zur Beförderung der Unparteilichkeit der Justiz beitragen, wenn die Richter zuerst schon durch die Relation den Inhalt der Akten erfahren, daher mehr oder minder nach der Auffassungsweise des Referenten den Stoff der Urtheilsfällung kennen lernen; darnach bildet sich unvermeidlich in der Seele eines jeden Richters eine gewisse Ansicht von der Sache, welche der unparteiischen Beurtheilung leicht schadet. Bei aller Achtung vor der Treue der Referenten weiß Jeder, der lange in Collegien thätig war, wie die Relation auch in der historischen Darstellung mehr oder minder das Produkt der häufig einseitigen Ansicht des Referenten ist, der Manches aus den Akten nicht anführt, weil er es nach seiner Auffassung der Sache nicht für einflußreich hält, oder die verschiedenen Aussagen aus ihrem natürlichen Zusammenhange reißt und (vorzüglich nach der Separationsmethode) so darstellt, wie er dies für die bequeme Uebersicht oder die Anordnung für passend hält. Wo ist dabei eine Bürgschaft, daß die Richter das Ergebniß der Untersuchung in seiner Reinheit erfahren? Der einmal in Folge des gehörten Vortrags gebildete Eindruck bleibt aber in

der Seele des Richters zurück. 3) Das Gericht, von dessen Ausspruch es abhängen soll, ob die mündliche Verhandlung einzutreten hat, ist auch in sehr vielen Fällen nicht in der Lage, entscheiden zu können, ob das Schlußverfahren nothwendig ist. a) Schon an sich werden sich die Gerichte nicht sehr häufig dazu entschließen, dies Verfahren anzuordnen. Die Vorliebe für das bisherige Verfahren, die Gewohnheit, auf den Grund des gehörten Vortrags zu entscheiden, die Furcht vor der Vermehrung der Kosten und der größern Geschäftslast werden mächtige Motive seyn, welche der Entscheidung, daß mündliche Verhandlung eingeleitet werde, entgegenwirken. b) In Fällen, in welchen der Angeschuldigte eingestanden hat, werden die Gerichte am wenigsten geneigt seyn, eine Schlußverhandlung noch für nöthig zu halten, und dennoch wird häufig eine solche zweckmäßig wirken können, weil nicht selten die Aussagen des Angeschuldigten nicht treu aufgezeichnet sind, oder da wo Widerruf vorliegt oder das Geständniß ein qualificirtes ist, die Art, wie der Angeschuldigte sich über jeden Nebenumstand erklärt, die Richter in den Stand setzt, ein gerechtes Urtheil zu fällen. c) Die Richter müssen von der Vermuthung der Treue der Protokolle ausgehen; sie werden das, was als Aussage eines Zeugen ihnen von dem Referenten vorgetragen wurde, auch für wahr halten, und darnach ihr Urtheil fällen. Woran sollen sie erkennen, ob sie durch die mündliche Verhandlung größere Aufklärung und bessere Materialien erhalten werden? Vielleicht mag in einigen Fällen, wenn der Angeschuldigte geradezu den Zeugen widersprach, sie als lügenhaft erklärte, dies die Richter bewegen, diese Zeugen in die Sitzung rufen zu lassen; allein dies ist nicht hinreichend, denn auch in anderen Fällen werden erst die besonderen Umstände, welche der Zeuge beifügt, die Erklärungen, die er auf gestellte Fragen giebt, die Darstel-

lung des wahren Zusammenhanges der Sache und vorzüglich sein Benehmen bei dem Verhöre den Richtern die Materialien gerechter Urtheilsfällung gewähren. Ob diese aber in dem einzelnen Falle gewonnen werden können, ob daher die mündliche Verhandlung anzuordnen ist, können die Richter voraus nicht wissen. 4) Zwar läßt der Entwurf die Einleitung dieser Verhandlung auch da eintreten, wo der Angeschuldigte sie verlangt; allein auch dies ist ungenügend. Was wir schon oben gegen eine ähnliche Vorschrift des Würtembergischen Entwurfs anführten, gehört auch hieher. Der Angeschuldigte wird häufig gar nicht beurtheilen können, ob er auf die mündliche Verhandlung antragen soll. Um dies zu können, müßte er den ganzen Umfang der Wichtigkeit solcher Verhandlungen einsehen, was wohl der Mehrzahl der Angeschuldigten nicht zugetraut werden kann. Selbst der Vertheidiger, der nicht voraussehen kann, wie die Richter den Fall auffassen, und ob sie auf die Aussage eines Zeugen einen besondern Werth legen werden, befindet sich nicht in der Lage, darüber mit Sicherheit zu urtheilen, ob dem Angeschuldigten die mündliche Verhandlung Vortheil bringen wird. Nicht selten wird der Wunsch des Angeschuldigten, daß nur rasch das Urtheil gefällt und daher jeder Grund der Verzögerung beseitigt werde, oder der Mangel der richtigen Einsicht in den Werth der mündlichen Verhandlung die Erklärung des Angeschuldigten, daß er keine mündliche Verhandlung verlange, auch in den Fällen veranlassen, in welchen das öffentliche Interesse und die bessere Vorbereitung der Richter diese Verhandlung wünschenswerth gemacht hätten. 5) Auf jeden Fall bieten die §§. 317—20. des preußischen Entwurfs viele Lücken dar, die einer gesetzlichen Nachhülfe bedürfen. Der Entwurf sagt *nicht: welche* Zeugen vorgeladen werden sollen. Wahrscheinlich antwortet man: diejenigen, deren Vorladung

das Gericht für nothwendig hält, oder der Angeschuldigte verlangt. Allein man täuscht sich, wenn man glaubt, daß damit geholfen sey; denn das Gericht wird wohl nur diejenigen vorrufen, deren Aussagen es für besonders erheblich hält und deren Zeugniß Lücken oder Unbestimmtheiten darbietet, die gehoben werden sollen; man müßte dann wenigstens vorschreiben, daß dem Angeschuldigten die Liste der auf Auftrag des Gerichts vorzuladenden Zeugen eingehändigt werde; thut man dies nicht, so kann ja der Angeschuldigte nicht wissen, welche Zeugen er auf das Neue vernommen haben wünscht. Werden nun einige wenige Zeugen vorgeladen und in der Sitzung vernommen, so können durch eine solche isolirte Erklärung einiger Zeugen die Richter unmöglich ein klares Bild und jenen Totaleindruck des Falles erhalten, der durch eine vollständige mündliche Verhandlung gewonnen wird. Nicht selten wird die Antwort eines in der Sitzung vernommenen Zeugen, wenn er genauer befragt wird, wieder auf andere Zeugen führen, deren Vernehmung nothwendig wird. 6) Dieser letzte Umstand kann aber wieder neue Nachtheile erzeugen. Nicht blos in dem oben bezeichneten Falle, sondern auch da, wo z. B. der Angeschuldigte sein Geständniß widerruft oder in der mündlichen Verhandlung neue Entschuldigungsgründe vorbringt, oder neue Zeugen vorschlägt, kann eine neue mündliche Verhandlung nothwendig werden. Das begonnene mündliche Verfahren wird dann abgebrochen, eine neue Untersuchung zur Aufklärung der vorgebrachten Punkte wird eingeleitet und nach Beendigung derselben wird wieder eine neue mündliche Verhandlung eintreten. Wir fragen, ob auf diese Art nicht das Verfahren verzögert und weit kostspieliger gemacht wird, während durch die Annahme des französischen und englischen öffentlich mündlichen Hauptverfahrens, das statt der deutschen Hauptuntersuchung eintritt, alle jene Verzögerungen

wegfallen und Vortheile gewonnen werden, die durch kein anderes Verfahren zu erlangen sind. Die bisherigen Bemerkungen gegen das in Würtemberg und Preußen vorgeschlagene Verfahren mögen zeigen, daß jeder Gesetzgeber, welcher hofft, nur durch ein dem deutschen Strafprozesse hinzugefügtes sogenanntes Schlußverfahren eine Verbesserung einzuführen, sich der Gefahr aussetzt, daß er höchstens in einigen Fällen die Vortheile der Mündlichkeit gewinnt, in den meisten Fällen sie nur höchst unvollkommen erreicht und durch die Beschränkungen und Ausnahmen vielfache Verzögerungen herbeiführt.

(Fortsetzung im nächsten Stücke.)

IX.

Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften.

1) Das Criminalgeſetzbuch für das Herzogthum Braunſchweig nebſt den Motiven der herzogl. Landesregierung und Erläuterungen aus den ſtändiſchen Verhandlungen. Braunſchweig 1841.

2) Criminalgeſetzbuch für das Königreich Sachſen mit erläuternden Bemerkungen zum praktiſchen Gebrauche. Von Geheimen Juſtizrath Ch. E. Weiß. 1. Band. Dresden 1841.

Die Einführung eines neuen Strafgeſetzbuchs in einem Lande iſt immer ein Ereigniß, das eben ſo in den Gerichten, wie in dem ganzen Volke eine Revolution hervorbringt und mehr oder minder ein Experiment iſt, das in der Zeit des Uebergangs von dem Alten zu dem Neuen oft mehr Nachtheile als Vortheile gewährt. Neue Rechtsbegriffe werden unter das Volk gebracht, neue Vergehen werden geſchaffen, von deren Beſtrafung bisher die Bürger nichts wußten, und wo nun plötzlich Jemand Strafe wegen einer Handlung oder Unterlaſſung leiden ſoll, die vor dem Erſcheinen des neuen Geſetzbuchs ſo häufig vorkam und nie eine Beſtrafung nach ſich zog. Bei der Schwierigkeit, die rechte Schärfe des Ausdrucks zu erreichen, und den Gedanken und Willen des Geſetzgebers in Worte zu kleiden, kann es nicht fehlen, daß die Vorſchriften, wodurch einzelne Verbrechen mit Strafen bedroht werden, bald zu eng, bald zu weit ausfallen und die Richter bei der Anwendung ſolcher Strafgeſetze eben ſo in Verlegenheit kommen, als das Volk mit den nach den neuen Geſetzen gefällten Strafurtheilen häufig unzufrieden iſt. Jedes Unternehmen, durch

welches den Richtern das Studium des neuen Gesetzbuchs erleichtert wird, ist daher ein verdienstliches; insbesondere ist es zweckmäßig, wenn ein sachkundiger Mann theils aus den Motiven, theils aus den häufig kein angenehmes Studium gewährenden, wegen der Wiederholungen, breiten Declamationen und Episoden, langweiligen Verhandlungen, in den Kammern diejenigen Stellen zusammenfaßt, die am meisten geeignet sind, den wahren Sinn einer Gesetzesstelle zu verdeutlichen. Noch verdienstlicher wäre eine Arbeit, welche mit Freimüthigkeit die in dem Lande, in welchem ein neues Gesetzbuch gilt, gesammelten Erfahrungen über die Schwierigkeit der Anwendung einzelner Bestimmungen mittheilte, und auf jene Worte in der Fassung der neuen Gesetze aufmerksam machte, die entweder als zu enge oder zu weit, oder überhaupt als zu unbestimmt sich zeigen, und daher ungeeignete Aussprüche der Gerichte leicht veranlassen. Nur in Hufnagel's Commentar zu dem würtembergischen Strafgesetzbuche finden sich treffliche Nachweisungen dieser Art. — Die zwei oben genannten Werke beschränken sich größtentheils auf die Erläuterungen des Gesetzbuchs, wie sie durch die Motive und die Verhandlungen in den Kammern dargeboten werden; aber auch in dieser Beziehung sind sie verdienstlich, weil die Verfasser mit gehörigem praktischen Sinne das Bedürfniß beachteten und eben so klar als gedrängt Bemerkungen beifügten. Das braunschweigische Gesetzbuch verdient überhaupt eine vorzügliche Beachtung, weil die Einfachheit der Bestimmungen, die in den meisten Fällen gerechten Strafdrohungen und die Weise, wie dies Gesetzbuch theils bei der Todesstrafe dem richterlichen Ermessen einen gehörigen Raum giebt, theils durch Art. 62. dem Richter die Möglichkeit gewährt, auch unter das Minimum der Strafe wegen besonderer Milderungsgründe herabzugehen, die Anwendung der Strafvorschriften vor einer Starrheit und Härte bewahrt, welche so leicht bei anderen Gesetzbüchern bemerkbar wird. Der Verfasser des oben genannten Werks über das braunschweigische Gesetzbuch ist Hr. Oberlandesgerichtsrath Bregmann, der selbst in der Kammer als Referent in der landständischen Commission und als Verfasser des Commissionsberichts einen vorzüglichen Antheil an dem Gesetzbuche hat. Der Verfasser beschränkt sich darauf, bei jedem §. die dazu gehörige Stelle aus den treff-

lich eben ſo geiſtvoll als praktiſch bearbeiteten Motiven, und einen Auszug aus dem Commiſſionsberichte und aus den Kammerverhandlungen zu geben. Nicht ſelten fügt er ſelbſt erläuternde Bemerkungen bei, die um ſo wichtiger ſind, da der Verfaſſer nach unſerer obigen Bemerkung einen ſo groſſen Theil an dem Geſetzbuche hatte und jetzt als Mitglied des Obergerichts das Geſetz in dem Leben am beſten beobachten kann. Man kann nur wünſchen, daß es dem Verfaſſer gefallen möge, recht bald die Erfahrungen über das braunſchweigiſche Geſetzbuch zu ſammeln und ſie dem Publikum mit ſeinen Bemerkungen mitzutheilen. Rec., der nähere Erkundigungen anſtellte, hat im Ganzen von den Praktikern Braunſchweigs die günſtigſten Zeugniſſe erhalten; als ein vorzügliches Mittel, wodurch zu harte Strafurtheile vermieden werden können, wird der Art. 62. allgemein gerühmt. — Nicht weniger bedeutend iſt das königl. ſächſiſche Strafgeſetzbuch, das bereits in zwei anderen ſächſiſchen Staaten (in Weimar und Altenburg) angenommen iſt. Die ſächſiſche Praxis war im Ganzen ſchon ſeit längerer Zeit ſehr milde, und ſo konnte das neue Geſetzbuch ſich leicht daran im Geiſte der Milde anſchlieſſen. Die Schattenſeiten des durch viele Vorzüge ausgezeichneten Geſetzbuchs liegen theils in der Unbeſtimmtheit mancher Strafvorſchriften in Bezug auf die Faſſung des Thatbeſtandes, theils in dem oft zu hoch gegriffenen Minimum der gedrohten Strafe, theils in der Aengſtlichkeit, mit der man das richterliche Ermeſſen in Bezug auf das Milderungsrecht zu beſchränken ſuchte. Es iſt wünſchenswerth, durch die Praxis Sachſens die Erfahrungen kennen zu lernen, welche man in Bezug auf die Anwendung des Geſetzbuchs machte. Der Verfaſſer des unter Nr. 2. oben genannten Werks, ſelbſt Oberappellationsrath, hat Gelegenheit, am beſten die vorgekommenen Fälle kennen zu lernen, und ſeine Arbeit iſt in dieſer Hinſicht werthvoll; es iſt zu bedauern, daß der Verf. den nach der Vorrede gefaßten Plan, jedem Kapitel des Geſetzbuchs und, wo es angemeſſen, jedem einen beſondern Gegenſtand behandelnden Artikel eine Darſtellung deſſen vorauszuſchicken, was über denſelben Gegenſtand als Grundſatz des gemeinen Criminalrechts anzunehmen iſt, nicht ausführen konnte. Die Bemerkungen, welche der Verf. den einzelnen Artikeln beifügt, *ſind häufig ſehr intereſſant*, ſo wie auch die Fälle, welche

er anführt. Wir wollen auf einige der merkwürdigſten Erörterungen aufmerkſam machen, nämlich S. 6—9. über die Zuläſſigkeit der Analogie (man bemerkt, daß mit den Unterſcheidungen, die man gewöhnlich hier macht, nicht viel gewonnen wird; auch geſteht der Verf. [S. 9. in den Noten], daß die ſächſiſchen Gerichte von ſehr verſchiedenen Anſichten ausgehen); S. 130. über die Bedeutung: volle geſetzliche Strafe; S. 136. über die Anwendung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung in der Lehre vom Verſuche. (Rec. glaubt, daß der Verf. dieſen Ausdruck zu weit ausdehnt, wenn er auch da ſchon Anfang annimmt, wenn der Entſchloſſene nicht die Haupthandlung des Verbrechens, ſondern auch diejenigen Handlungen beginnt, ohne welche die Ausführung des beſchloſſenen Verbrechens den ſtattgefundenen beſonderen Verhältniſſen nach nicht erfolgen konnte. Z. B. wenn A. in Leipzig entſchloſſen iſt, den B. in Dresden zu morden, ſo ſoll da, wenn A. nach Dresden reiſt, ſchon der Verſuch ſtrafbar ſeyn, weil Anfang der Ausführung da iſt. Dieſe Auslegung widerſpricht den Anſichten, welche in Frankreich, Würtemberg u. A., wo Anfang der Ausführung gefordert iſt, von den Gerichten angenommen iſt.) Beachtungswürdig ſind übrigens die S. 142. über die Frage: wann freiwilliges Abſtehen von dem Unternehmen da iſt, und S. 150. 51. die in Bezug auf den Unterſchied von Vorbereitung und Anfang der Ausführung angeführten Fälle. Wir machen ferner aufmerkſam auf die S. 158. über die Anwendung des eventuellen Dolus, S. 171. über die Frage: ob zum Daſeyn der gleichen Theilnahme auch ſtillſchweigende Uebereinkunft genüge, S. 181. über die Strafbarkeit der Verleitung zum Verbrechen, S. 219. über die Bedeutung fortgeſetzter Verbrechen (wo S. 220. mehrere aufklärende Fälle erzählt ſind), S. 222. über ideelle Concurrenz, S. 267. über die Anwendung der Rückfallsſtrafen, S. 285—89. über die Milderung der Strafe wegen Verſtandesſchwäche (man bemerkt wohl, daß der praktiſch gebildete Verfaſſer den Art. 64. des ſächſiſchen Geſetzbuchs für zu eng gefaßt hat), S. 295. über die Bedeutung des Ausdrucks: aus eigenem freien Antriebe. Dankenswerth ſind die S. 364—72. mitgetheilten Nachrichten über die Strafanſtalten in Sachſen, und intereſſant iſt die Abhandlung (S. 380.) über die Ausmeſſung der Strafe ungleicher Theilnehmer.

3) Theorie der Auslegung conſtitutioneller Geſetze nach conſtitutionellem Staats- und gemeinem deutſchen Rechte. Von Dr. jur. W. M. Schaffrath. Leipzig 1842.

Die Auslegung der Strafgeſetze iſt in neuerer Zeit vorzüglich Gegenſtand vielfacher Erörterungen geworden. Seit der Zeit als in Deutſchland in conſtitutionellen Staaten durch Zuſammenwirken der verſchiedenen Factoren der Geſetzgebung Geſetze entſtanden ſind, erhielt die Frage über die Auslegung ſolcher Geſetze eine neue Wichtigkeit. — v. Wächter hatte zuerſt in Deutſchland mit dem ihm eigenthümlichen Scharfſinn die Frage einer Prüfung unterworfen; Schletter hatte in einer beſondern Abhandlung den Gegenſtand geprüft; kürzere Erörterungen wurden von Groſſ, Günther, Schüler, Weiß, Krug u. A. geliefert. Der Verfaſſer der vorliegenden Schrift hat die Frage wiederholt geprüft, und ſeine Arbeit iſt verdienſtlich. Die Frage wurde auch in Deutſchland ſchon früher wenigſtens in einer Beziehung angeregt; vorzüglich aber hatte ein holländiſcher Schriftſteller Hr. Rappard in ſeiner von den deutſchen Gelehrten nicht benutzten Schrift: Diss. de auctoritate et usu disceptationum et orationum, quae occasione conficiendi, commendandique codicis civilis francici sunt habitae (vulgo discussions et motifs) in interpretatione legis. Lugduni 1820 — ſehr ausführlich die meiſten der in dieſe Lehre einſchlägigen Fragen erörtert. Bekanntlich hatten franzöſiſche Juriſten und unter den deutſchen Rechtslehrern vorzüglich Dabelow und Spangenberg in ihren Commentarien zum Code Napoleon einen hohen Werth auf die in dem Exposé des motifs und in den discussions vorkommenden Aeußerungen gelegt und den Sinn einzelner Stellen des Code Napoleon aus ſolchen Aeußerungen auszulegen ſich bemüht. Gegen dieſe Anſichten war die erwähnte Schrift von Rappard gerichtet. Er zeigt, daß weder die angegebenen Motive, noch die Bemerkungen in den Discuſſionen als von dem Geſetzgeber ſelbſt ausgegangene entſcheidende Vorſchriften angeſehen werden können, daß ſie auch keine authentiſche Auslegung enthalten und nur als wichtige Hülfsmittel der doctrinellen Auslegung benutzt werden ſollen. Scharfſinnig ſtellt er dann 16 Regeln auf, welche den Richter bei Benutzung dieſer Hülfsmittel leiten

müßten. Die Arbeit ist um so interessanter, als sie überall die Anwendung in Beispielen durch Zergliederung wichtiger Streitfragen macht und in ein größeres Detail eingeht, als es sich bei irgend einem andern Schriftsteller findet, z. B. über die Frage: welche Folgerungen der Richter daraus ableiten darf, daß bei Berathung des Gesetzesentwurfs die Aufnahme eines gewissen Artikels in das Gesetz in Antrag gebracht, aber der Artikel nicht aufgenommen wurde. — Die vorliegende Schrift des Hrn. Schaffrath, der neuerlich eine größere Arbeit: Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts nach gemeinem deutschen Rechte (Leipzig 1841. 2 Hefte), die nächstens in diesem Archive angezeigt werden soll, geliefert hat, zerfällt Abth. I. in eine Einleitung, II. in die Entwickelung des Begriffs und Wesens des Gesetzes, III. vom Begriffe und Wesen der Auslegung der Gesetze, IV. Darstellung der Theorieen Anderer über die Auslegung constitutioneller Gesetze. In den ersten Abtheilungen finden sich manche bekannte Sätze; auch lassen sich gegen manche Ansichten des Verfs. z. B. (S. 12.) wegen Zulässigkeit der Analogie große Zweifel erheben; es dürfte wohl eine willkürliche Annahme seyn, wenn der Verf. erklärt, daß die Analogie die Wirklichkeit des Willens des Gesetzgebers unerwiesen läßt, sie aber voraussetze, und nur die Möglichkeit oder Nothwendigkeit jenes Willens erweise. Diese Ansicht kann nur in Bezug auf die Analogie in jenem Sinne zugegeben werden, nach welcher der Richter befugt seyn soll, auch jene Handlung zu strafen, die zwar weder nach den Worten, des Gesetzes, noch nach den Regeln logischer Auslegung unter ein Strafgesetz subsumirt werden kann, aber strafwürdig ist, weil allgemeine Gründe, die sonst den Gesetzgeber bei seinen Strafgesetzen leiteten, die Strafbarkeit der Handlung fordern. Richtig ist dagegen, was der Verf. S. 17 fg. von der sogenannten stillschweigenden Zustimmung zu Gesetzen in landständischen Kammern sagt. Die Frage: was aus dem Stillschweigen bei Berathung von Gesetzesentwürfen abzuleiten ist, gehört zu den wichtigen. Man hat in neuerer Zeit zuviel Werth darauf gelegt, daß wenn z. B. in einer Kammer gegen eine von dem Regierungscommissär *aufgestellte* Ansicht oder Auslegung eines Gesetzes kein Widerspruch von der Kammer erhoben, oder wenn gegen die in *einer Kammer* angenommene Ansicht in der andern Kam-

mer keine widerſprechende Erklärung erfolgte, die Anſicht als ſtillſchweigend angenommen betrachtet werden müſſe. Noch in neueſter Zeit hat der rühmlich bekannte würtembergiſche Schriftſteller Hufnagel in ſeinem Werke: Commentar über das Strafgeſetzbuch für das Königreich Würtemberg, II. Bd. S. 986. vorzüglich darauf Werth gelegt, daß wenn die Regierung z. B. in den Motiven zum Entwurfe den Kammern erklärt, daß ſie dem von ihr proponirten Artikel eine gewiſſe Anſicht zum Grunde lege, und wenn die Kammern dieſen Artikel angenommen haben, ohne dieſer Anſicht zu widerſprechen, das Stillſchweigen der Kammern ein qualificirtes und daher Uebereinſtimmung der drei Factoren vorhanden ſey. Allein Rec. ſtimmt dem Verf. S. 18. bei, wenn er behauptet, daß man von ſtändiſchen Kammer nie ſagen könne, ſie hätten irgend eine Aeußerung der Regierung oder der Commiſſion, oder einzelner Mitglieder durch Nichtwiderſprechen ſtillſchweigend gebilligt; denn eine Kammer könne nur durch Abſtimmung und ausdrückliche Beſchlüſſe und deren Inhalt antworten, ſich erklären, oder proteſtiren. Rec. iſt überzeugt, daß ſelbſt nach juriſtiſchen Grundſätzen über die ſtillſchweigende Einwilligung man nicht zur Theorie von der ſtillſchweigenden Annahme eines Geſetzes oder einer Rechtsanſicht durch die Kammern kommen könne, wenn man die Verhältniſſe des Geſchäftsganges der Kammern erwägt; denn keine Kammer iſt verpflichtet, auf Alles, was in der andern Kammer vorkam, Rückſicht zu nehmen; ſie iſt häufig gar nicht in der Lage, auf alle Aeußerungen der andern Kammer zu antworten. Nicht ſelten ſind die Protokolle der Verhandlungen einer Kammer noch gar nicht gedruckt, wenn das Geſetz in der andern Kammer berathen wird; die letzte weiß daher gar nicht, was in der erſten geſagt wurde. Man muß auch billig fragen: wer ſoll denn widerſprechen? Soll es genügen, wenn ein Mitglied einer Kammer die in der andern vorgekommene Aeußerung widerlegt, oder der von einem Regierungscommiſſär vorgetragenen Anſicht widerſpricht? Die Aeußerung eines Einzelnen, oder auch einiger Mitglieder iſt nicht der Beſchluß der Kammer. — Wie häufig übergeht man in den Berathungen die abweichende Anſicht eines Regierungscommiſſärs oder eines andern Kammermitgliedes *abſichtlich* mit Stillſchweigen, weil man weiß, *daß ſie vielleicht im Feuer der Berathung vorgetragen*, und

nicht ernstlich gemeint ist, oder keinen Eindruck macht. Wie häufig wird die ohnehin schon lange dauernde Discussion von dem Präsidenten geschlossen, so daß gar nicht mehr jedes Mitglied sprechen konnte! Wie oft fordert die ermüdete Kammer den Schluß! Wie oft übergeht ein Mitglied eine von Gegnern geäußerte Ansicht, ohne sie zu widerlegen, weil es darauf rechnet, daß ein Andrer es thun werde! Wir bitten diejenigen, welche die Theorie der stillschweigenden Billigung in Kammern vertheidigen, zu erwägen, welche langweilige und oft endlose Berathungen durch ihre Theorie in das Leben gerufen würde, weil dann die Mitglieder einer Kammer nichts übergehen dürften, was zur Vertheidigung entgegengesetzter Ansichten von Anderen vorgebracht wurde, indem die Kammermitglieder fürchten müßten, daß aus dem Schweigen Billigung gefolgert werden dürfte. Der Verf. der vorliegenden Schrift hat auch Recht (S. 23.), wenn er auf das Erforderniß eines Gesetzes, daß es verständlich sey, Werth legt, um zu beweisen, daß man von den Unterthanen nicht verlangen kann, erst aus anderen Hülfsmitteln, z. B. Motiven, Kammerverhandlungen u. A. die Kenntniß des Rechts zu erlangen; allein seine Behauptungen, daß man die Mittel der Erkennbarkeit des Willens des Gesetzgebers nur aus dem Gesetze selbst schöpfen könne und andere Erklärungen der gesetzgebenden Gewalt z. B. in Motiven u. s. w. nicht eine besondere Auslegung begründen könnten, dürften doch zu weit gehen, oder doch leicht in ihrer allgemeinen Fassung Mißverständnissen unterliegen; es muß dem Richter zur Pflicht gemacht werden, alle Hülfsmittel zur Erkenntniß des wahren Sinnes des Gesetzgebers zu benutzen, und daß dazu die auf Berathung eines Gesetzes sich beziehenden Aktenstücke der Factoren der gesetzgebenden Gewalt vorzüglich gehören, ist nicht zu zweifeln. Die Richter müssen zwar vorsichtig solche Materialien prüfen, aber sie als wichtige Mittel der doctrinellen Auslegung anwenden. Viele beachtungswürdige Gründe für seine Ansicht giebt der Verf. in dem Kapitel von der Auslegung der Gesetze; allein auch hier können manche seiner Sätze leicht mißverstanden werden. Wenn der Verf. (S. 34.) sagt, daß die Auslegung eines Gesetzes keine Auslegung des Willens des Gesetzgebenden, sondern der Erklärung *desselben* und zwar der ausdrücklichen durch Worte geäußerten *seyn müsse*, so ist dieser Satz bei der unendlichen Schwierigkeit, den Willen in Worte einzukleiden, bedenklich; nur zu

leicht kann die zu enge Faſſung des Geſetzes da, wo aus allen Umſtänden klar der Wille des Geſetzgebers erhellt, mehr Fälle darunter begreifen zu wollen, eine buchſtäbliche Auslegung veranlaſſen, welche zur Strafloſigkeit von Handlungen führt, die der Geſetzgeber nicht ſtraflos laſſen wollte. Die Beſtimmung der L. 19. D. ad exhibend. non oportere verba captari ſtünde damit im Widerſpruch; die Auslegung jener Stelle (S. 42.) dürfte wohl zu enge ſeyn. Es iſt zwar richtig, was der Verf. (S. 48.) angiebt, daß die anderweiten Erklärungen der Perſonen, die zu den Factoren der Geſetzgebung gehören, nicht wie die Geſetze für den Unterthanen beſtimmt ſind, nicht ſo Gegenſtand der Abſtimmung und Berathung, wie die Geſetze ſelbſt, werden, und heterogene von den Geſetzen verſchiedene Erklärungen ſind. Wendet man dies darauf an, daß in Fällen, in welchen das Geſetz ſelbſt nach ſeiner Faſſung gar nicht zweifelhaft iſt, aber aus den anderweitigen Erklärungen (z. B. den Discuſſionen oder Motiven) Zweifel ſich ergeben, ob das Geſetz nicht doch anders, als ſeine beſtimmten Worte andeuten, auszulegen ſey, der Richter nur an das Geſetz ſich halten muß, ſo hat der Verf. Recht; allein da die Faſſung des Geſetzes Zweifel veranlaßt, können jene ſogenannten anderweiten Erklärungen doch nicht von dem Richter unberückſichtigt gelaſſen werden. Der Verf. ſpricht S. 51. von ſolchen Erklärungen als von mittelbaren Quellen oder mittelbaren Hülfsmitteln der Auslegung, und zeigt dann (S. 54.) aus dem Gange der landſtändiſchen Verhandlungen in Sachſen, daß keine Abſicht zum Grunde lag, die ſtändiſchen Schriften und Verhandlungen als Supplemente der Geſetze zu erklären. Nach dem Verf. (S. 68.) ſind alle jene anderweiten Erklärungen zur Auslegung geeignet: 1) als formelle Hülfs- oder Beweismittel der Auslegung, 2) insbeſondere zur grammatiſchen und 3) zur deklarativen Auslegung der Geſetze, aber nicht zur Ausfüllung von Unvollſtändigkeiten oder Lücken, beſonders nicht im Strafrechte. Der Verf. erkennt auch (S. 69—77.) jene Erklärungen der Regierung in den Motiven, oder in den Berathungen nicht als authentiſche Auslegungen eines Geſetzes, ſondern nur des Entwurfs; auch bemerkt er, daß manche ſolche Erklärungen z. B. die in den Debatten gegebenen nur beweiſen können, *was die Regierung zur Zeit dieſer Erklärungen, nicht aber was ſie zur Zeit der Abfaſſung*

der Entwürfe ausdrücken wollte. — Der Verf. stellt nun (von S. 78. an) die Theorieen Anderer über die Auslegung auf, vorzüglich umständlich die Theorie von Wächter. Die Zusammenstellung der verschiedenen Theorieen von Groß, Günther, Schletter, Schüler, Hepp, Hartitzsch, Mittermaier ist verdienstlich. — Eine Widerlegung liefert der Verf. nicht, da er voraussetzt, daß durch die von ihm entwickelte Theorie, die am meisten mit der von Mittermaier aufgestellten zusammenstimmt, schon seine eigene Ansicht hinreichend ausgesprochen hat. Rec. findet in der Arbeit des Verfs einen dankenswerthen Beitrag zur Erörterung der höchst schwierigen Lehre, er ist aber überzeugt, daß der Gegenstand noch immer nicht erschöpft ist. Nur eine genaue Zergliederung der verschiedenen Fälle, bei welcher die vertraute Bekanntschaft mit dem Geschäftsgange bei Bearbeitung von Gesetzesentwürfen und bei Berathung in Kammern nothwendig ist, dürfte zum Ziele führen.

4) Commentar über das großh. hessische Strafgesetzbuch und die damit in Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen nach authentischen Quellen, mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungswerke anderer Staaten ꝛc., von Dr. M. Breidenbach, großh. Ministerialrathe. 1r Band. Darmstadt 1842.

Es liegt vor uns zwar nur das (aus 15 Bogen bestehende) erste Heft des ersten Bandes des Commentars; aber auch schon in dieser beschränkten Vorlage begrüßen wir das Werk als ein willkommenes und verdienstliches. Das vor einigen Monaten bekanntgemachte Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen hat große Vorzüge, und wenn auch Rec. noch viele Bedenklichkeiten vorzüglich gegen die Art, mit der man das richterliche Ermessen ängstlich zu beschränken suchte, gegen das zum Grunde gelegte System der Freiheitsstrafen und gegen die Härte mancher Strafdrohungen geltend zu machen hat, so muß er dennoch dankbar anerkennen, daß das hessische Strafgesetzbuch, das die Erfahrungen anderer Länder sorgfältig benutzte, vor manchen anderen neuen Strafgesetzbüchern durch Einfachheit der Anordnung, durch das Streben nach Bestimmtheit der Stra-

vorſchriften, durch Verbannung mancher unpaſſenden Strafarten z. B. körperlicher Züchtigung, ferner durch zweckmäßige Abſtufungen bei den einzelnen Verbrechen und durch Milde der Strafdrohungen in einer großen Zahl von Fällen ſich auszeichnet. In dem Ausſchußberichte, den ein gründlicher Juriſt, Heſſe, redigirte, und in den Berathungen der Kammern lagen viele treffliche Bemerkungen, Erfahrungen und Anträge ausgeſprochen. Es müßte wünſchenswerth ſeyn, daß die Anwendung des Geſetzbuchs durch einen gründlichen Commentar erleichtert und daß darin eben ſo die Anſichten, welche bei der Bearbeitung des Geſetzbuchs leiteten, angegeben, als auch die Bemerkungen, welche in den Berathungen vorkamen, zweckmäßig geſammelt würden. Vorzüglich war zu einer ſolchen Bearbeitung der Verfaſſer des vorliegenden Commentars als derjenige geeignet, welcher bei der letzten Reviſion des Entwurfs, ehe er an die Kammern gelangte, einen großen Antheil hatte und als einer der Regierungscommiſſäre in den Berathungen der Kammern eine ſeltene Gewandtheit an den Tag legte und als einen theoretiſch und praktiſch gebildeten Juriſten ſich bewährte. Ihm verdanken wir in dem vorliegenden Werke eine aus den Quellen geſchöpfte Darſtellung des Ganges der Verhandlungen der Geſetzgebungscommiſſion, des Miniſteriums und des Staatsraths, bis der Entwurf in der Geſtalt fertig vorlag, in welcher er an die Kammer gebracht wurde. Es ergiebt ſich, daß man mit großer Gewiſſenhaftigkeit und Umſicht die Arbeit vorbereitete (I. S. 35—122.). Auf S. 127—130. liefert der Verf. die Ueberſicht jener Differenzpunkte, über welche am Schluſſe der Verhandlungen beide Kammern uneinig waren. Intereſſant iſt auch die Schilderung (S. 131) des Zuſtandes der Strafrechtspflege vor Verkündigung des Strafgeſetzbuchs, insbeſondere des ſonderbaren Contraſtes zwiſchen dem Rechtszuſtande in Rheinheſſen, wo der Code pénal galt, und des deutſchen Strafrechts in den altheſſiſchen Provinzen. Der Verf. erklärt (S. 150.), daß Alles darauf abzielte, das Gerechtigkeitsprinzip mehr und mehr auszubilden. Sehr dankenswerth iſt die Entwickelung (S. 155 fg.) über das Verhältniß in Heſſen, wo ſchon ſeit 1832 die Polizeiſtrafgewalt nicht den Verwaltungsſtellen, ſondern den Gerichten *zugewieſen ſey*. Möchten diejenigen, welche *noch immer als höchſte* Weisheit anpreiſen, viele Strafſälle

als Polizeiübertretungen aufzuſtellen, die Zeugniſſe der Erfahrung bei dem Verf. (S. 156.) wohl erwägen. Von S. 162. an ſind intereſſante Andeutungen über das Verhältniß des Geſetzes und des Richters zu den concreten Verbrechen angegeben; vorzüglich verweilt man gern bei der Erörterung des Verfs. (S. 179—214) über die Frage: wie weit der Geſetzgeber an die Spitze des Geſetzbuchs den Satz ſtellen ſoll, daß nur diejenigen Handlungen als Verbrechen oder Vergehen geſtraft werden, welche vorher durch das Geſetz mit Strafe bedroht ſind; dies führte zur Frage: in welchem Sinne die Analogie bei Anwendung des Geſetzbuchs zu beachten und wie das Strafgeſetz auszulegen ſey. Auch aus der Entwickelung des Verfs. geht hervor, daß man mit der in neuerer Zeit oft beliebten Unterſcheidung der Geſetzes- und Rechts-Analogie nicht weit kommt. Wir werden bei der Anzeige der weiteren Hefte dieſes Commentars, deſſen baldige Fortſetzung jeder Juriſt mit Sehnſucht erwartet, auf dieſe Frage wieder zurückkommen.

Druckfehler
im erſten Stücke.

S. 161. Z. 11. von oben ſtatt aber lies oder
— — Z. 15. v. o. ſtatt oder l. und

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
A. W. Heffter in Berlin,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1842.
Drittes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1842.

als Polizeiübertretungen aufzuſtellen, die Zeugniſſe der Erfahrung bei dem Verf. (S. 156.) wohl erwägen. Von S. 162. an ſind intereſſante Andeutungen über das Verhältniß des Geſetzes und des Richters zu den concreten Verbrechen angegeben; vorzüglich verweilt man gern bei der Erörterung des Verfs. (S. 179—214) über die Frage: wie weit der Geſetzgeber an die Spitze des Geſetzbuchs den Satz ſtellen ſoll, daß nur diejenigen Handlungen als Verbrechen oder Vergehen geſtraft werden, welche vorher durch das Geſetz mit Strafe bedroht ſind; dies führte zur Frage: in welchem Sinne die Analogie bei Anwendung des Geſetzbuchs zu beachten und wie das Strafgeſetz auszulegen ſey. Auch aus der Entwickelung des Verfs. geht hervor, daß man mit der in neuerer Zeit oft beliebten Unterſcheidung der Geſetzes- und Rechts-Analogie nicht weit kommt. Wir werden bei der Anzeige der weiteren Hefte dieſes Commentars, deſſen baldige Fortſetzung jeder Juriſt mit Sehnſucht erwartet, auf dieſe Frage wieder zurückkommen.

Druckfehler
im erſten Stücke.

S. 161. Z. 11. von oben ſtatt aber lies oder
— — Z. 15. v. o. ſtatt oder l. und

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,

C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum in Gießen,

C. G. v. Wächter in Tübingen,

A. W. Heffter in Berlin,

H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1842.

Drittes Stück.

Halle

bei C. A. Schwetschke und Sohn.

1842.

Inhalt.

X. Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr. Von Herrn Dr. Zöpfl, Professor der Rechte zu Heidelberg. S. 311

XI. Ueber die Benutzung der ständischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen. Von Herrn Dr. Mohl, Professor in Tübingen. (Beschluß von Nr. VII. im vorigen Stücke.) — 340

XII. Raub und Brandstiftung. Streife von Erfolg. Geständniß auf frischer That. Verhör über Animus, mitgetheilt von Herrn Dr. von Jagemann, Hofgerichtsrath in Freiburg. — 356

XIII. Beiträge zur Lehre von Injurien. Von Herrn H. K. Hofmann II., Advokaten in Darmstadt. — 371

XIV. Ueber Injurien unter Ehegatten. Von Abegg. — 393

XV. Der deutsche Strafprozeß, verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren, mit Prüfung der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung, mit besonderer Beziehung auf den neuesten königl. sächsischen Entwurf des Criminalverfahrens. Von Mittermaier. (Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VIII. im vorigen Stücke.) — 424

XVI. Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften:

1) Geſchichte des deutſchen Strafrechts, von Dr. W. E. Wilda, Profeſſor der Rechte an der Univerſität Halle. I. Band. Halle 1842. S. 459

2) Bamberg: Die ſtrafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung, erörtert von G. H. Gengler, der Philoſophie und d. b. Rechte Doctor. I. Heft. 1842. — 464

3) Syſtem der gerichtlichen Pſychologie, von J. B. Friedreich. Zweite umgearbeitete Auflage. Regensburg 1842. — 469

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1842. Drittes Stück.

X.

Beiträge zur Reviſion der Lehre von der Nothwehr.

Von

Herrn Dr. Zöpfl,

Profeſſor der Rechte zu Heidelberg.

Zweiter Aufſatz.

Dieſelbe eigenthümliche Grundanſicht des deutſchen Rechtes von dem Weſen der Nothwehr, welche bisher aus den Rechtsquellen bis zu dem XIV. Jahrhunderte entwickelt worden iſt, hat ſich auch unverändert in der Doctrin und Geſetzgebung des XV. bis XVIII. Jahrhunderts erhalten. Obgleich in den Rechtsquellen und bei den Schriftſtellern der genannten drei Jahrhunderte die Kenntniß und das Studium des römiſchen Rechtes hinſichtlich der Auffaſſung und in der Darſtellung nicht weniger Lehren des Strafrechts ſchon ſehr große Veränderungen bewirkt hat, ſo iſt eben deshalb das Feſthalten der Theorie und der Geſetzgebung, und ſomit auch der Praxis, an der nationalen,

XVI. Beurtheilung der neuesten criminalistischen Schriften:

1) Geschichte des deutschen Strafrechts, von Dr. W. E. Wilda, Professor der Rechte an der Universität Halle. I. Band. Halle 1842. S. 459

2) Bamberg: Die strafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung, erörtert von G. H. Gengler, der Philosophie und d. b. Rechte Doctor. I. Heft. 1842. — 464

3) System der gerichtlichen Psychologie, von J. B. Friedreich. Zweite umgearbeitete Auflage. Regensburg 1842. — 469

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1842. Drittes Stück.

X.

Beiträge zur Reviſion der Lehre von der Nothwehr.

Von

Herrn Dr. Zöpfl,

Profeſſor der Rechte zu Heidelberg.

Zweiter Aufſatz.

Dieſelbe eigenthümliche Grundanſicht des deutſchen Rechtes von dem Weſen der Nothwehr, welche bisher aus den Rechtsquellen bis zu dem XIV. Jahrhunderte entwickelt worden iſt, hat ſich auch unverändert in der Doctrin und Geſetzgebung des XV. bis XVIII. Jahrhunderts erhalten. Obgleich in den Rechtsquellen und bei den Schriftſtellern der genannten drei Jahrhunderte die Kenntniß und das Studium des römiſchen Rechtes hinſichtlich der Auffaſſung und in der Darſtellung nicht weniger Lehren des Strafrechts ſchon ſehr große Veränderungen bewirkt hat, ſo iſt eben deshalb das Feſthalten der Theorie und der Geſetzgebung, und ſomit auch der Praxis, an der nationalen,

deutsch-historischen Anschauung der Lehre von der Nothwehr eine desto bemerkenswerthere Erscheinung. Schwerlich möchte ein stärkerer Beweis für das gleichsam instinctartige Fortwirken der altnationalen Rechtsidee in dieser vorzugsweise praktischen Materie gefordert werden können, als derselbe in dem Bestreben enthalten ist, welches aus den Schriften dieser Periode hervorleuchtet, durch die Bezugnahme auf römische Rechtssätze, die germanische Auffassung der Nothwehr auch positiv aus den für „kaiserlich" geachteten Rechten zu begründen. Rechtfertigung der deutschen Doctrin und der besseren deutschen Praxis war es also, was man durch die Verweisung auf römische Stellen bewirken wollte: der Verwilderung der Rechtspflege in den, nicht nur mit ungelehrten, sondern meistens sogar mit ungebildeten Urtheilern[1]) besetzten Schöffengerichten, welche in ihrem Unverstande die Einrede der Nothwehr oft unbeachtet[2]) ließen, sollte gesteuert werden: das beste Mittel hierzu schien die Hindeutung auf das geschriebene kaiserliche Recht! Daß das römische Recht in dieser Lehre von einem ganz anderen Prinzipe ausging, wie das germanische Recht, blieb hierbei ganz unbeachtet: stimmten doch die einzelnen casuistischen Entscheidungen im

1) Joh. v. Schwarzenberg entschuldigt darum selbst in der Vorrede zur Bambergischen und zur Brandenburgischen H. G. O., und noch in dem Projecte der C. C. C. von 1521 (s. meine Ausgabe S. 2. u. 112.) die Darstellungsweise, und warum so vieles auf „Rath-Suchen" gestellt worden, durch die „Unbegreiflichkeit derselben Leut", welche damals an den peinlichen Gerichten saßen.

2) So verlangten die Landstände der fränkischen Fürstenthümer des Brandenburgischen Hauses ausdrücklich von dem Markgrafen Casimir eine Verordnung, daß in Criminalfällen die Einrede der Nothwehr berücksichtiget werden solle: und eben diese Bitte gab die Veranlassung zur Adoption der Bambergischen H. G. O. als Gesetz für die Brandenburgisch-fränkischen Lande. — Vergl. E. Hermann, über Joh. v. Schwarzenberg, Leipzig 1841. S. 38. 39.

römiſchen Rechte hinſichtlich ihres Endergebniſſes mit der gewohnten Entſcheidungsweiſe in den beſſeren deutſchen Gerichten überein — was ſollte alſo dazu auffodern, dem ächt römiſchen Prinzipe der im Juſtinianeiſchen Corpus juris aufbewahrten Entſcheidungen nachzuſpüren, und wie konnte jene Zeit, welcher ſowohl eine philoſophiſche, wie eine hiſtoriſche Kritik der Jurisprudenz noch völlig fremd war, darauf verfallen, auch nur zu ahnen, daß in dieſer Lehre dem römiſchen und dem deutſchen Rechte ein verſchiedenes Prinzip zu Grunde liege? Wie hätte überhaupt wohl das römiſche Recht zu ſeiner Aufnahme in den deutſchen Gerichten und zu ſeiner herrſchenden Autorität gelangen können, wenn die deutſchen Juriſten des XV. und XVI. Jahrhunderts der oft ſchneidenden Gegenſätze ſeiner Prinzipien mit denen des deutſchen Rechtes ſich völlig klar bewußt geweſen wären, und nicht die treffliche Methode und bewunderungswürdige Logik der in den Pandektenfragmenten excerpirten römiſchen Juriſten, und die gar zu häufig zufällige Uebereinſtimmung der Entſcheidung caſuiſtiſch behandelter Rechtsfragen mit dem Gebrauche deutſcher Gerichte, die Entſtehung der Meinung begünſtiget hätten, als ſey das römiſche Recht ſeinem Inhalte nach eine ratio scripta, und als ſolche unter allen Zeitverhältniſſen und bei allen Völkern anwendbar?

Die erſte Spur einer wiſſenſchaftlichen Darſtellung des praktiſchen Rechtes in Deutſchland, und des Verſuches, die Praxis durch Verweiſung auf Stellen des römiſchen Rechtes zu rechtfertigen, wobei aus dieſen freilich gar oft manches abgeleitet wird, was ihrem urſprünglichen Geiſte völlig fremd iſt — die erſte Spur einer ſolchen Behandlung des praktiſchen Rechtes, wie ſie bis in die neueſte Zeit, mancher weſentlichen Verbeſſerungen ungeachtet, den Grundcharakter der ſogenannten praktiſchen *Rechtsſchule (im Gegenſatze* der ſogenannten hiſtoriſchen

Schule) ausmacht, findet sich in Sebastian Brant's *richterlichem Klagspiegel.* Die Wichtigkeit dieses Buches und sein Einfluß auf die Rechtsbildung in Deutschland seit dem letzten Decennium des XV. Jahrhunderts ist in der neueren Zeit im Allgemeinen richtiger gewürdiget worden, als früher [3]: doch sind die Beziehungen, in welchen der vielverbreitete Klagspiegel zu der Praxis und zu der Gesetzgebung aus der ersten Hälfte des XVI. Jahrhunderts stand, keineswegs noch mit Rücksicht auf einzelne Lehren, namentlich des Strafrechtes, nach Verdienst hervorgehoben und beachtet worden. Sebastian Brant, geb. zu Straßburg 1458, seit 1489 bis 1494 Doctor und Professor der Rechte zu Basel, nachher Syndicus in Straßburg [4], ist ein für seine Zeit tüchtig gebildeter Romanist, dessen theoretische Kenntnisse auf der Grundlage ruhen, welche der Rechtswissenschaft durch die Glossatoren-Schule gegeben worden war. Er war aber auch zugleich ein deutscher Humanist, Schöngeist und einer der einflußreichsten volksmäßigen Dichter, und hat durch sein berühmtes Narrenschiff für seine Zeit und für die Geschichte der Literatur in Deutschland keine geringere Bedeutung [5], als für die Geschichte der Rechtswissenschaft durch seinen Klagspiegel. Ein solcher Mann war in einer Zeit, wie die damalige — (das Reformations-

3) So z. B. v. Roßhirt, Gesch. u. Syst. des deutsch. Strafrechts I. §. 126. — Ganz schief und ungerecht urtheilt über Brant noch Malblank, Gesch. der peinl. G. O. Carl's V. §. 24. — Dies erklärt sich zum Theil daraus, daß Malblank das germanische Rechtselement, welches bei Brant überall mehr oder minder, insbesondere in dem Criminalprozeß, in der Lehre von dem Geschrei, u. s. w. durchblickt, ganz verkannt hat.

4) Brant selbst nennt sich in seiner Vorrede zu Tengler's Layenspiegel einen deutschen Laven in einer deutschen Canzlei.

5) K. Hagen, Deutschlands lit. und relig. Verhältnisse im Reformationszeitalter, Erlangen 1841. Bd. I. S. 378 u. fg.

zeitalter) — wo in Deutſchland alle religiöſen, ſocialen und wiſſenſchaftlichen Elemente in einer vollſtändigen Gährung begriffen waren, wo ſich allenthalben ein gewaltiges Ringen nach einer neuen Geſtaltung aller Verhältniſſe und nach der Erſchaffung der Grundlagen einer neuen Ordnung bemerklich machte, wie geſchaffen zum Apoſtel des römiſchen Rechtsſtudiums und zur Verbreitung römiſcher Rechtswiſſenſchaft in Deutſchland, welche, wie die geſammte neu erweckte römiſche und griechiſche Literatur, von allen Gebildeten als ein integrirender Beſtandtheil der Erbſchaft aus dem claſſiſchen Alterthume, und als die Quelle einer praktiſchen Rechtsphiloſophie betrachtet wurde, durch welche allein dem in der Periode des Fauſtrechtes völlig verwilderten Rechtszuſtande in Deutſchland aufgeholfen und eine dringend nöthige Reformation bewirkt werden könnte. Der Klagſpiegel iſt im Vergleiche mit anderen Schriften aus dieſer Periode, wie z. B. die Rhetoriken und Formularbücher von Riederer u. A. ſehr gut, mit vieler Präciſion und durchaus praktiſcher Tendenz, ja faſt compendiariſch geſchrieben. Ein ſolches Buch mußte dem humaniſtiſch gebildeten deutſchen Layen, welcher mit der Rechtspflege und Geſetzgebung zu ſchaffen hatte, höchſt willkommen ſeyn, namentlich da Brant auch das Strafrecht behandelte, welches in den Rhetoriken und Formularbüchern noch keinen Platz gefunden hatte. Ein ſolches Buch konnte namentlich nicht von einem Joh. v. Schwarzenberg unbeachtet bleiben [6]), welcher dieſelben volksthümlichen Tendenzen wie Brant verfolgte, und insbeſondere die Uebertragung der Geiſteswerke der Römer in die deutſche Sprache für Bedürfniß hielt, und nicht den unwichtigſten Theil ſeiner Lebensaufgabe in der Reformation der

6) Die erſte Ausgabe des Klagſpiegels iſt von ungewiſſem Alter. Die zweite iſt von 1497. Hier wird nach der dritten vom J. 1500 (Augsburg) citirt.

deutschen Strafrechtspflege erkannte [7]), wozu ihm die Vermehrung des Einflusses der romanistischen Strafrechtswissenschaft auf die Praxis als das wesentlichste Mittel galt, wie der Inhalt der von ihm selbst später ausgegangenen Strafrechtsbücher zur Genüge erweiset. Spricht für eine solche Annahme schon die Stellung Schwarzenberg's zu seiner Zeit und zu den gelehrten Männern derselben, so wie seine humanistische, wissenschaftliche, und doch zugleich auch volksthümliche Richtung überhaupt, so steigert sich die Wahrscheinlichkeit einer Benutzung des Klagspiegels durch Schwarzenberg um so mehr, wenn man die Auffassung der einzelnen Lehren des Strafrechtes bei Brant und bei Schwarzenberg vergleicht, und eben dadurch gewinnt der Klagspiegel selbst für die Geschichte des Strafrechtes eine gesteigerte Bedeutung. Uebrigens darf hier nicht an ein buchstäbliches Ausschreiben des Klagspiegels durch Schwarzenberg gedacht werden [8]). Johann v. Schwarzenberg war kein Copist, noch ein geistloser Compilator, sondern ein denkender Mann, und eine durchaus praktische Natur, ein Mann, dem es bei seinen Studien stets nur um den Gedanken, nicht um die Worte zu thun war, deren sich ein Anderer bedient hatte. Verwarf doch Schwarzenberg sogar zum großen Verdrusse der Streng-Gelehrten die buchstäbliche Uebersetzung der lateinischen Classiker, und wollte überall nur den Sinn in freier Form ausgedrückt haben [9]). Bei der Unbekanntschaft Johann's von Schwarzenberg mit

7) Vergl. besonders die Schrift von E. Hermann, Joh. Freiherr von Schwarzenberg, ein Beitrag zur Gesch. des Crim. R. Leipzig, 1841.

8) Roßhirt a. a. O. I. S. 232. glaubt, die Beziehungen zwischen dem Klagspiegel und den Schwarzenbergischen Rechtsbüchern wegen der abweichenden Uebersetzung der L. 2. Cod. *de seditiosis* in Abrede stellen zu müssen.

9) Vergl. die angef. Schrift von E. Hermann, S. 48—54.

der lateiniſchen Sprache, und ſeinem Mangel juriſtiſcher Schulſtudien, war gerade Brant für ihn der rechte Mann, und der Klagſpiegel — ein wahrſcheinlich aus Brant's Collegienheften erwachſenes, und von ihm nach der Niederlegung ſeiner Profeſſur zum Drucke beförderte Werk, — war das geeignete Buch, woraus Schwarzenberg ſeinen romaniſtiſchen Apparat ſchöpfen, und ſich ohne Schwierigkeit auf den damaligen Höhepunkt der ſchulmäßigen Rechtswiſſenſchaft in Deutſchland erheben konnte. Nur im Vorbeigehen will ich hier darauf aufmerkſam machen, daß die bekannte Bezeichnung der culpoſen Tödtung bei Schwarzenberg (C. C. C. art. 146.) als Tödtung „aus Geilheit" und die aus L. 9. §. 4. und L. 11. pr. ad L. Aquil. entlehnten Beiſpiele von dem Schützen und dem Balbierer ſich ſchon bei Brant [10]) finden, und daß eben ſo der berühmte Art. 148. der Caroling, welcher die Lehre von der Tödtung im Raufhandel betrifft, in dem Klagſpiegel (Tit. ad L. Corn. de sicar. Bl. 175. §. Item dies Frage etc.) bereits die Vorbereitung ſeiner Beſtimmungen gefunden hat. Nicht minder iſt Brant der erſte deutſche Schriftſteller, welcher ſich auf eine wiſſenſchaftliche Erörterung der Lehre von der Nothwehr eingelaſſen hat, und an dieſer Materie ſoll nun ſpeziell gezeigt werden, wie ſehr Brant dem Schöpfer der Bambergensis und der Carolina in die Hand gearbeitet hat.

Sebaſtian Brant handelt an drei verſchiedenen Stellen von der Nothwehr:

a) in dem Titel: de actione legis Aquiliae (Bl. 124.), unter welcher Rubrik er nach der Sitte der

11) Erſterer Ausdruck findet ſich bei Brant edit. 1500 im Tit. ad Leg. Cornel. de sicar. §. Item in etlichen casus, etc. Bl. 174. 175.; die Beiſpiele ſchon im Tit. de act. legis Aquil.

damaligen Romaniſten die Lehre von der Verwundung überhaupt mit behandelt. Brant ſpricht ſich hier folgendermaßen aus: „Der iſt dieſer klage (sc. legis Aquiliae) nicht pflichtig, der etwas thut in ſchirms weis; als wenn du mir gewalt thuſt mit waffen, ich mag dir mit waffen widerſtehen.“ Nun wird die L. 45. Dig. ad L. Aquil. und citirt, mit freilich etwas ſonderbarer Logik fährt Brant fort: „und aus dieſer vernunft ziemt mir zu tödden den Dieb in der Nacht begriffen, ſo ich ihm meinen Schaden an meiner habe nicht überſehen mag.“ Nun folgt ein, wahrſcheinlich in Baſel oder Straßburg verhandelter Rechtsfall, deſſen Entſcheidung nicht ohne Intereſſe iſt, und beſonders zur Aufklärung der damaligen Anſicht über das Weſen der Nothwehr dient. Einem Taverner wurde in der Nacht eine vor ſeinem Hauſe befindliche Laterne geſtohlen: er läuft dem Diebe nach, und fordert die Laterne wieder, der Dieb ſchlug aber den Taverner mit einer Geißel gar übel, wodurch der Hader noch größer wurde, und damit endigte, daß der Taverner dem Dieb ein Aug ausſchlug und ſeine Laterne wieder nahm. Nun wurde gefragt, ob der Taverner den Dieb um das Auge etwas ſchuldig wäre, und wurde geantwortet, (sc. entſchieden): „het der Taverner ſölich nit argliſtigklich getan, ſo wäre er nichts ſchuldig; hette er es aber mit argeliſt getan, ſo wäre er ſchuldig dieſer klag, doch ſo er (sc. der Dieb) ſölichs mit geſchrey bezeugen (könnte)“ [11]).

Es liegt dieſer Entſcheidung eine ſehr feine, beachtenswerthe Idee zu Grunde. Derjenige, welcher durch

11) Hier ſehen wir zugleich ein Beiſpiel der bei Brant ſo häufigen Vermiſchung römiſcher Argumente und der altdeutſchen Beweistheorie. (Vergl. über das Geſchrei mein altes Bamberger Recht, Rechtsſyſtem, §. 36 fg.). Uebrigens war auf ähnliche Weiſe nach der älteren römiſchen Rechtsanſicht das „clamore testificari“ erforderlich, um eine Nothwehr zu erhärten. Gajus, lib. 7. ad Ed. prov. Frag. 4. §. 1. Dig. ad L. Aquil. (9. 2.).

die Berufung auf die Nothwehr eine von ihm begangene Verwundung u. ſ. w. entſchuldigen will, darf nicht mit kalter Ueberlegung und Vorbedacht (dolus determinatus) gehandelt haben, ſondern muß ſich in Folge des gegentheiligen Angriffes und des ganzen Herganges in einem ſolchen Gemüthszuſtande befunden haben, welcher wenigſtens den dolus determinatus ausſchließt. Er muß alſo in der Aufregung gehandelt haben und nur mit dolus indeterminatus, d. h. mit der Abſicht, ſich des ungerechten Angriffes zu erwehren, oder um in den geſetzlich gebilligten Fällen, wie z. B. bei dem nächtlichen Diebſtahl, dem Angreifer die geſtohlene Sache wieder abzunehmen, ohne die beſtimmte Abſicht, gerade den eingetretenen Erfolg hervorzubringen. Ueberdies ſieht man aus der angeführten Entſcheidung, daß man ſogar die Verwundung eines flüchtigen Diebes, wo ſie zur Wiedererlangung der geſtohlenen Sache nöthig war, für erlaubt hielt, und mit Berufung auf das römiſche Recht dieſen Fall unter den Geſichtspunkt der Nothwehr zog.

b) Am ausführlichſten handelt Brant von der Nothwehr im Titel ad Leg. Juliam de vi publica vel privata, Bl. 171 fg. Hier kommt bei ihm, zwar gleichſam unbewußt, aber nichts deſto weniger beſtimmt erkennbar, die germaniſche, in der Praxis forterhaltene Grundidee zum Durchbruch, daß nämlich die Tödtung oder Verwundung eines Menſchen, ſelbſt aus Nothwehr, an ſich — d. h. ihrer äußerlichen Erſcheinung nach — eine unerlaubte Handlung („Malefiz") iſt [12]), welche aber eben durch Beziehung auf den, durch den Verletzten ſelbſt rechtswidrig hervorgerufenen Nothſtand des Thäters vor dem poſitiven Geſetze von der Strafe entſchuldigt

12) Vergl. z. B. Bl. 171 b. §. „Item, wollt einer ſein frauen ſchirmen, und thet ein malefiz" etc.

wird. Das Wort „Nothwehr" gebraucht Brant nicht; er ſpricht nur von Gewalt thun, verwunden und tödten „in ſchirms und wörens weiß." Jedoch unterſucht Brant ſchon den Begriff des Handelns in Schirmsweiſe, und namentlich behandelt er die Frage, ob der Angegriffene („der angegangen") warten müſſe, bis er geſchlagen ſey, bevor er ſelbſt ſchlägt? [13]) Dieſe Frage verneint Brant, als ſüddeutſcher Praktiker, gerade ſo, wie ſie in der ſüddeutſchen Praxis der früheren Jahrhunderte ebenfalls regelmäßig verneint worden iſt [14]). Brant führt als Grund dieſer verneinenden Entſcheidung an, daß es außerdem geſchehen könnte, daß der Angegriffene gar nicht mehr im Stande wäre, zu ſchlagen; es ſey genug, um das Schlagen von ſeiner Seite zu entſchuldigen, daß ihn der Angreifer („der angener") ernſtlich ſchrecke, d. h. bedrohe. Zur Bekräftigung folgen nun, als wenn es an der geſunden Vernunft nicht genügte, einige Citate zum Theil nichtsſagender Stellen aus dem Corpus juris, und das Ganze krönt eine Berufung auf Azo als Gewährsmann. Hier alſo begegnen wir in dem Klagſpiegel der Entſcheidung einer Hauptfrage in der Lehre von der Nothwehr, ganz in demſelben Geiſte, wie ſie auch in der Carolina art. 140. entſchieden worden iſt. Gewiß wäre es auffallend, wenn Schwarzenberg, der ſich, wie oben angedeutet worden iſt, in der Lehre von der Tödtung in ſo vielen Punkten an den Klagſpiegel gehalten hat, dieſen gerade bei der Nothwehr nicht zu Rathe gezogen haben ſollte.

---

13) Vergl. z. B. Bl. 171 b. §. Item ſoll der Beſitzer etc.

14) Vergl. die übereinſtimmenden Grundſätze des Schwabenſpiegels, Ruprechts von Freiſingen u. ſ. w. in dem erſten Aufſatze (St. I. S. 152.). Uebrigens ignorirt Brant dieſe Quellen *gänzlich*, und nichts deutet an, daß er ſie benutzte.

Brant gehet bei ſeiner Darſtellung, welcher nun einmal ein wiſſenſchaftlicher Charakter nicht abgeſprochen werden kann, in dem angeführten Titel de vi publ. vel priv. auch auf eine ſpezielle Erörterung der Fälle ein, wo man zur Vertheidigung eines Andern Gewalt brauchen, reſp. ungeſtraft eine Verwundung oder Tödtung vornehmen dürfe. Dahin rechnet er, ſtets mit Berufung auf römiſche Stellen, die Vertheidigung eines Kindes, der Geſchwiſter, der Ehefrau und des Vaters; hinſichtlich anderer geſippten Freunde iſt er der Anſicht, daß das römiſche Recht nicht direct eine Verwundung oder Tödtung Behufs ihrer Vertheidigung erlaube: doch leitet er dieſelbe Erlaubniß aus dem canoniſchen Rechte [15]) ab, weil derjenige, der ein Verbrechen nicht verhindere, wo dies in ſeiner Gewalt ſteht, überhaupt als Theilnehmer des Verbrechens betrachtet werden ſoll. Brant gehet auch auf die Unterſuchung der Frage ein, ob man bei der Vertheidigung von Sachen ſich auf die Nothwehr berufen dürfe, und macht hier die Entſcheidung mit Bezugnahme auf die Gloſſe zur L. si quis s. ad L. Jul. de vi priv. davon abhängig, ob die Gewalt gegen den Beſitzentſetzer ſogleich in continenti, oder ex intervallo Statt gefunden habe [16]). Die Einwirkung der römiſchen Anſicht, wonach die Lehre von der Nothwehr als ein Theil der Beſitzlehre aufgefaßt wird, iſt hier unverkennbar. Recht gut unterſcheidet Brant ſodann den Exceß der Nothwehr von der ſtrafbaren Nothwehr, und charakteriſirt ihn als eine Handlung, welche nur aus Rache [17]) verübt wor-

15) Er beruft ſich auf cap. dil. filio, de sent. excomm. in VI.

16) Bl. 172 b. §. „Item ſetz das einer" etc. und §. „Item wo ein ausgetriebener" etc.; auch §. „Item ſetz das der zum andern" etc.

17) Bl. 172 b. §. „Item ſetz das einer" etc. — „Merk, das alleweg das wören und ſchirmen ſoll geſchehen mit maſſen, *alſo das ſchirmen nit* geſchuldiget mag werden, das ſölliches *aus Rach geſchehen* ſey."

den ſey. Mit einer ſehr großen, leider in der neueren Zeit bei der Beurtheilung der Nothwehrfälle nur zu oft vermißten Humanität, ſtellt Brant eine Präſumtion der Nothwehr auf, wenn Zwei auf einander ſchlagen (d. h. in einer Rauferei jemand verwundet worden iſt) [18]: doch kann dieſe Präſumtion durch die begleitenden Umſtände der That widerlegt werden, z. B. wenn der Angegriffene ſtärker iſt, als der Angreifer und dieſen ſchon ganz bewältiget und gebunden hatte, bevor er ihn verwundete oder tödtete; oder wenn der Angegriffene ſich der Waffen bedient, wo der Angreifer unbewaffnet war [19]. Doch bemerkt Brant noch recht gut [20], daß es auch Fälle geben könne, in welchen man ungeſtraft ſich der Waffen gegen einen unbewaffneten Angreifer bedienen dürfe. Brant geht alſo von der Idee aus, daß die Einrede der Nothwehr, ſo viel möglich, zu begünſtigen ſey, jedoch ihrem frivolen Gebrauche vorgebeugt werden müſſe. Deshalb geſtaltet ſich bei ihm die Behauptung eines Exceſſes der Nothwehr ſchon als eine Replik, welche aber nicht nur erwieſen werden muß, ſondern überdies noch durch eine von den beſonderen Umſtänden der That hergenommene Duplik elidirt werden kann.

c) Endlich kommt Brant noch einmal in der Lehre von der Tödtung, in dem Titel ad L. Cornel. de sicariis Bl. 174 b auf die Nothwehr zu ſprechen. Er wiederholt jedoch hier lediglich die Aufzählung der Fälle, wenn man für ſich oder Andere Nothwehr gebrauchen mag.

---

18) Bl. 172 b. §. „Wie wiſſen wir, ob Du ſölliches in ſchirmsweis oder in Rach getan haſt" etc.

19) Ibid. und §. „Item ſetz das einer" a. E.

20) Ibid. „Wär aber eins fauſt herter, dann des andern ſchwertſchlag, ſprich, er mag ſich mit waffen wören." Auch hier iſt in der Darſtellung einige Verwandtſchaft mit der C. C. C. art. 144. zu bemerken.

Die Bedeutung, welche Brant als dem erſten deutſchen Bearbeiter einer wiſſenſchaftlichen Ausführung über die Nothwehr beigelegt werden muß, ſo wie die Beziehungen des Klagſpiegels zu den Schwarzenbergiſchen Rechtsbüchern, welche nunmehr deutlicher hervorgetreten ſind, werden das bisherige längere Verweilen bei demſelben rechtfertigen. Gleichſam als Gegenſtück zu der wiſſenſchaftlichen Unterſuchung Brant's, muß nun aber, gleichfalls noch dem XV. Jahrhundert angehörig, der erſte ausführlichere Verſuch einer Geſetzgebung über die Nothwehr erwähnt werden. Dieſer legislative Verſuch iſt, ſo viel erforſcht werden konnte, zuerſt im J. 1493 bei der Abfaſſung der Reformation der freien Reichsſtadt Worms gemacht worden, welche ſodann im J. 1499 zum erſten Male in Druck erſchien [21]). Die Auffaſſung der Nothwehr in der Wormſer Reformation iſt genau dieſelbe, wie wir ſie in Brant's Klagſpiegel gefunden haben; jedoch kann darüber, ob der Klagſpiegel ſelbſt als Quelle dieſer Reformation bezeichnet werden darf, nicht einmal eine Vermuthung geäußert werden, da das Jahr ſeiner erſten Ausgabe nicht feſtſteht, und die zweite vom J. 1497 zwiſchen das Jahr der Abfaſſung der Wormſer Reformation und das Jahr ihres erſten Abdruckes hineinfällt. Wie dem aber auch ſey, ſo liegt ſo viel vor, daß die Wormſer Reformation gerade jene Grundſätze aufgenommen hat, die von den romaniſtiſch gebildeten Juriſten der damaligen Zeit, welche uns Sebaſtian Brant repräſentirt, allgemein gelehrt worden ſind. Die urgermaniſche Anſchauungsweiſe, von welcher die Praxis in Deutſchland ſich nie völlig entfernte, wirkt darin noch ſo weit, daß, wie bei Brant, die Nothwehr als eine ſpezielle Exception (Entſchuldigung) gegen die Anſchuldigung einer

21) Hier iſt die zweite Ausgabe vom 27. Febr. 1542 benutzt.

ſtrafbaren Tödtung oder Verwundung aufgefaßt wird [22]). Im übrigen wirkt ſchon die römiſche Beſitzlehre gerade ſo weit, wie bei Brant ein. Die bekannte Regel der L. 45. §. 4. Dig. ad L. Aquil. wird buchſtäblich überſetzt und daraus abgeleitet, daß aus nothdürftiger Gegenwehre, und zur Beſchirmung von Hab und Gütern („der Perſon und ihrer Güter halben") — „ein Handeln zu mißfall, das ſunſt ſträflich were" — ungeſtraft bleiben ſoll [23]). Wie bei Brant, folgt ſodann die Aufzählung der Perſonen, welche man ebenfalls mit Gewalt zu vertheidigen befugt ſey; doch fehlen in dieſer Aufzählung die entfernteren geſippten Freunde, von welchen, wie gezeigt wurde, bei Brant ſich der Zweifel findet, ob man auch bei einer zu ihrem Schutze begangenen Tödtung oder Verwundung ſich mit Wirkung der Einrede der Nothwehr bedienen dürfe. Dagegen aber iſt, gleichſam als Supplement dieſer übergangenen Beſtimmung, eine andere aufgenommen, wonach jedem Mitbürger und Unterthan der Stadt Worms zur Pflicht gemacht wird, ſeinen Mitbürger zu ſchirmen und zu retten. Den Schluß der ganzen Darſtellung macht eine Ueberſetzung der L. 4. §. 1. Dig. ad L. Aquil. und hierbei wird namentlich, wie bei Brant, die Erhebung des Geſchreies eingeſchärft, es mag ein fur nocturnus oder diurnus getödtet worden ſeyn — ein abermaliger Beweis, daß die Praxis der damaligen Zeit nicht anders glaubte, als die altdeutſche Procedur auf Geſchrei durch das Juſtinianeiſche Recht gebilligt zu ſehen. Bemerkenswerth iſt noch, daß wie im Klagſpiegel, ſo auch in der Wormſer Reformation das Wort „Nothwehr" nicht gebraucht wird, ſondern nur von „notdurft, gegenwer, beſchirmen und erretten" die Rede iſt.

22) Wormſer Reformation, Buch VI. tit. VII.
23) Ibid. §. Dergleichen, ſo jemant etc.

Dies war der Zuſtand der Wiſſenſchaft und Geſetzgebung, als Schwarzenberg mit ſeiner Bambergiſchen Halsgerichtsordnung (1507) hervortrat. Durch dieſe, und durch die ſpäter daraus hervorgegangene [24]) P. G. O. Carl's V. wurde nun jene Theorie der Nothwehr erſchaffen, welche bis auf unſere Zeit, bis zur Erſcheinung der neuen particulären Strafgeſetzgebungen der gemeinrechtlichen Praxis und der Wiſſenſchaft zur Grundlage gedient hat. Eine Aufzählung der allbekannten Beſtimmungen der Carolina über die Nothwehr darf hier wohl als überflüſſig bei Seite gelaſſen werden. Dagegen liegt es in dem Beweiſe unſerer Unterſuchung, die eigenthümliche Verbindung und Verſchmelzung [25]) bemerklich zu machen und hervorzuheben, in welche Joh. v. Schwarzenberg die theilweiſe heterogenen Doctrinen des römiſchen und deutſchen Rechtes in dieſer Lehre gebracht hat, wobei gleich von vorn herein nicht überſehen werden darf, daß weder die Zeit, in welcher Joh. v. Schwarzenberg lebte, überhaupt, noch er ſelbſt perſönlich, ſich auf einer ſolchen Stufe juriſtiſcher Bildung befand, daß bei ihm die Gegenſätze beider Doctrinen zu einem klaren Bewußtſeyn hätten gelangen können, und daß er daher unvermeidlich in den allgemeinen und charakteriſtiſchen Fehler jener Zeit verfallen mußte, durch zufällige Uebereinſtimmungen einzelner Conſequenzen irre geleitet und geblendet, die Prinzipien ſelbſt durch einander zu werfen. Jedoch iſt dieſer Fehler von Joh. v. Schwarzenberg noch lange nicht in dem Grade begangen, wie

24) Die Bambergensis, die beiden Projecte der C. C. C. und dieſe ſelbſt zeigen hier nur unbedeutende Redactionsveränderungen. S. meine Ausgabe, Heidelberg 1842.

25) Die Anklänge einzelner Sätze in den älteren Rechtsquellen an die einzelnen Beſtimmungen der C. C. C. ſind ſchon bei der Darſtellung der erſteren ſpeciell angegeben worden. Vergl. den erſten Aufſatz.

er den späteren sogenannten nicht-historischen Juristen zur Last fällt, und im Allgemeinen muß anerkannt werden, daß die C. C. C. in der Nothwehr-Lehre vorzugsweise der germanischen Auffassung huldiget, und ihr gesetzliche Geltung beilegt, wogegen in ihr das römische Recht sehr in den Hintergrund gedrängt ist. Die Ursache hiervon liegt wohl in der geringen und jedenfalls nur oberflächlichen Kenntniß Johann's v. Schwarzenberg vom römischen Rechte, welche, wenn sie vielleicht auch nicht aus Brant's Klagspiegel allein geschöpft war, doch unverkennbar nicht über den Inhalt desselben hinaus reicht. So geringe aber auch die Berücksichtigung der römischen Theorie in der Carolina seyn mochte, so war sie doch hinreichend, um das seit dem XVI. Jahrhundert mächtig hervortretende Streben des gelehrten Juristenstandes, dem römischen Rechte zur Alleinherrschaft zu verhelfen, Vorschub zu leisten und gleichsam den Stempel einer gesetzlichen Sanction aufzudrücken. Es kann daher nicht befremden, wenn im Laufe der Zeit das germanische Prinzip, welches die C. C. C. in der Nothwehr-Lehre wirklich anerkennt, von der Schule immer mehr in Schatten gestellt, ja selbst von Anfang an fast ganz ignorirt wurde, wie dies aus den (sofort näher zu beleuchtenden) Arbeiten der juristischen Schriftsteller nach der Publication der Carolina hervorgeht.

Zur Rechtfertigung der Behauptung, daß die Lehre von der Nothwehr in der Carolina vorherrschend im Geiste des deutschen, und, wie noch bestimmter angegeben werden kann, in dem Geiste des süddeutschen, auf der Grundlage des Schwabenspiegels beruhenden Rechtes aufgegriffen worden ist, bedarf es nur einer Hinweisung auf die einzelnen Momente ihrer Darstellung. Hieher gehört vor allem der *Gebrauch des* Ausdruckes „Nothwehr" selbst, welcher, *wie eben gezeigt* wurde, in den romanisirenden Darstellun-

gen aus dem XV. Jahrhundert [26]) fehlt, und namentlich iſt die eigenthümliche Terminologie des Schwabenſpiegels — „rechte Nothwehr" — beibehalten [27]). Wie in den älteren deutſchen Rechtsbüchern insgeſammt, ſo iſt auch hier die Nothwehr nicht als eine Vertheidigung gegen unerlaubte Privatgewalt überhaupt, ſondern ganz ſpeziell als eine jener Urſachen dargeſtellt, aus welchen „unläugbare Todtſchläge" eine Entſchuldigung der Strafe auf ſich tragen [28]), und darum iſt auch der Erörterung dieſer Lehre ihre Stelle in der Lehre von der Tödtung angewieſen. Wie in dem Schwabenſpiegel und bei Ruprecht [29]), ſo wird in dem Hauptartikel (140.) der Carolina, worin der Begriff und der Thatbeſtand der Nothwehr aufgeſtellt wird, dieſelbe durch einen ungerechten lebensgefährlichen [30]) Angriff bedingt erklärt, welchem man nicht ohne Gefahr für Leben, Ehre und guten Leumund entweichen könne. Wie in allen deutſchen Rechtsquellen, erſcheint endlich der Beweis der Nothwehr als ein Exceptional-Beweis (C. C. C. art. 141.), deſſen Führung aber unter Umſtänden durch die Berückſichtigung billiger Präſumtionen erleichtert wird. (C. C. C. art. 143.) [31]) Die Einwirkung römiſcher Doctrinen iſt dagegen in der Darſtellung dieſer Lehre in der Carolina

---

26) Vergl. was über Brant und die Wormſer Reformation geſagt wurde.

27) C. C. C. art. 139. 140. — Vergl. den erſten Aufſatz.

28) Rubrum des art. 138. der C. C. C.

29) Vergl. den erſten Aufſatz.

30) Die C. C. C. ſagt nirgends, daß Jemand bei dem Mangel dieſer Vorausſetzung zur Rettung ſeiner Sachen ungeſtraft eine Tödtung begehen dürfe.

31) Ueber die Uebereinſtimmung der C. C. C. art. 144, von berühmter Nothwehr gegen eine Frauensperſon mit dem alten deutſchen Rechte, vergl. den erſten Aufſatz.

nur bemerklich: a) im art. 142, worin erklärt wird, daß derjenige, welcher eine Person entleibe, welche gegen ihn Zwang und Gefängniß in Fällen vornehme, welche „die Recht" erlauben, wie z. B. der Ehemann gegen den Ehebrecher u. s. w., sich zu seiner Entschuldigung nicht auf die Nothwehr beziehen dürfe; — b) im art. 145, wonach der, welcher in der Nothwehr steht, wegen zufälliger Tödtung oder Verletzung eines Dritten von peinlicher Strafe (nicht aber unbedingt von einer zu leistenden Entschädigung) losgezählt wird, welche bestimmt aus der L. 45. §. 4. Dig. ad L. Aquil. ausgeschrieben ist; — c) im art. 150. Abs. 1. 2. und 3. Hier wird erstlich, ohne daß jedoch die Fälle, wie das Rubrum [32]) ausweiset, von Joh. v. Schwarzenberg zu der Nothwehr gezählt würden, die Entleibung des Ehebrechers und des Verführers der Tochter, sodann auch jene Tödtung für entschuldigt erklärt, wenn Jemand eine Person zur Rettung eines Andern Leib, Leben oder Gut [33]) erschlägt. Diese Bestimmung vertritt die Stelle der bei Brant und in der Wormser Reformation erfindlichen, auf römische Rechtssätze gegründeten speziellen Aufzählung jener Personen, welche man, gleichsam als wäre man selbst angegriffen, sogar durch Tödtung des Gegners vertheidigen darf — eine Aufzählung, welche der Verfasser der Bambergensis bei Seite ließ, sey es, daß er dieselbe als der feineren Dogmatik der Schule angehörig, nicht für Schöffen entwickeln wollte, welche er ohnehin in diesen und ähnlichen

32) „Hernach werden etliche Entleibung ingemein berürt, die auch Entschuldigung auf jn tragen mogen."

33) Daß hier die Strafloſigkeit nicht von der Voraussetzung eines lebensgefährlichen Angriffes auf den Inhaber des bedrohten Gutes oder den Depositar ꝛc. abhängig sey, ist eine zwar häufige, aber nichts desto weniger unerweisliche, und dem Geiste, *in welchen* die C. C C. art. 140. und 150. redigirt sind, durch*aus widerstreitende* Behauptung.

Fällen auf das Rathſuchen bei Rechtsverſtändigen verwieſen hatte, oder daß er, was noch wahrſcheinlicher und ſeinem Charakter mehr entſprechend iſt, mit freierem Geiſte hier reformiren, und jedem Menſchen ohne Unterſchied Strafloſigkeit für eine Tödtung zuſichern wollte, welche er bei dem Schirme eines Bedrängten verübte. Zuletzt (C. C. C. art. 150. Abſ. 3.) wird hier noch die Tödtung des ſur nocturnus [34]) als ſtraflos erwähnt. Darf man auch annehmen, daß hier dem Verfaſſer nur die L. 45. §. 1. Dig. ad. Aquil. vorgeſchwebt hat, ſo darf man doch den feinen juriſtiſchen Takt nicht unbemerkt laſſen, mit welchem Johann v. Schwarzenberg dieſen Fall, gerade ſo, wie die älteren deutſchen Rechtsquellen auch gethan haben, nicht unter die Fälle der Nothwehr hineinſchob, noch weniger aber, wie dies von Brant und der ganzen Gloſſatorenſchule geſchehen iſt, denſelben aus dem Prinzipe der Nothwehr-Lehre zu erklären ſuchte: ſondern hier wird mit ganz geſunder Logik und verſtändiger natürlicher Auffaſſung dieſem Falle wirklich die ihm im Rechtsſyſteme gebührende Stelle, neben der Nothwehr, unter den übrigen, auf verſchiedenartigen Gründen beruhenden Urſachen der Entſchuldigung einer Tödtung angewieſen

Dies ſind die Sätze, auf welchen die Lehre von der Nothwehr in der Carolina beruht. Sie trägt ein feſtes, ſelbſtbewußtes, ſcharf abgegränztes, und überdies nationales Prinzip in ſich; ein Prinzip, welches eben darum in der nächſtfolgenden Zeit vielfach mißverſtanden wurde, weil es kein romaniſches war, und nur das römiſch-rechtliche in den Augen der Schule Werth haben konnte. Unläugbar beantwortet die Carolina viele Fragen nicht, und kann ſie nach ihrem Prinzipe nicht beantworten, welche

34) — „ſo jemandt einen bei nechtlicher weil gemeinlicher weis in ſeinem haus findet und erſchlecht" —

die Schule bei Gelegenheit der Nothwehr aufzuwerfen pflegte. Aber anſtatt für dieſe anderen Fragen — d. h. für die anderweiten Fälle der ſtrafloſen und entſchuldbaren Tödtung und Verwundung — nach den in der Carolina art. 150. enthaltenen Fingerzeigen auch anderweite ſelbſtſtändige Prinzipien aufzuſuchen, unternahm man es, ihr Prinzip ſelbſt durch Hinzuziehung der römiſchen Doctrin über erlaubte Privatgewalt zu erweitern, wodurch natürlich und nothwendig in die wiſſenſchaftliche Behandlung Haltloſigkeit und Schwanken, und in die Praxis Unſicherheit gebracht werden mußte. An dieſem Grundfehler leidet die Lehre von der Nothwehr ſeit dem XVI. Jahrhundert, ohne daß derſelbe auch nur bemerkt zu werden ſcheint.

Nach Schwarzenberg tritt in dem XVI. Jahrhundert eine Periode juriſtiſcher Barbarei hinſichtlich der Behandlung des Strafrechtes ein, gleichſam als hätte ſich mit ihm der Geiſt wie durch eine große Anſtrengung erſchöpft, und harre derſelbe einer Wiedererweckung durch neue, mächtig eingreifende Momente. Die hiſtoriſchen deutſchen Rechtsideen waren aus dem Bewußtſeyn entſchwunden und noch hatte die Philoſophie nicht angefangen, die Rechtswiſſenſchaft zu befruchten, und ſo geſchah es, daß ſich das ganze juriſtiſche Wiſſen in eine geiſtloſe Geſetzkrämerei verlor. Den ſprechendſten Beweis hierfür liefern die Schriften, welche ſich der Bambergensis und der Carolina anreihen. Der Bambergensis (a. 1507) zunächſt ſtehet Tengler's Layenſpiegel[35]) (a. 1509), welcher

35) Die erſte durch Sebaſt. Brant beſorgte Ausgabe von Tengler's Layenſpiegel iſt unſtreitig von 1509. Wenn dennoch Roßhirt, Geſch. u. Syſt. des Strafrechts I. S. 233. eine frühere Ausgabe vom J. 1507 vermuthet, ſo beruhet dieſes auf einer mißverſtandenen Notiz in dem von ihm angeführten Danz, Die irrthümliche Verwechſelung von Tengler's Layenſpiegel mit der „Ordnung des Gerichts etc. a. 1507" eines unbekannten Verfaſſers, ergibt ſich aber aus dem bei Danz angeführten G. W. Panzer, Annalen der älteren deutſchen Literatur. Nürnberg 1788. S. 282.

jedoch, wie die Vergleichung nachweiſet, in ſeinem criminaliſtiſchen Inhalte nichts anderes, als ein mageres, übrigens aber großentheils wörtliches Excerpt aus der Bambergensis iſt. Tengler hatte die in der Bambergensis enthaltenen Beſtimmungen, namentlich die über die Nothwehr, ohne jedoch ſeine Quelle zu nennen, ohne weiteres als gemeingültig aufgegriffen: ein Verfahren, welches in der damaligen Zeit nicht ungewöhnlich war [36]). Eben ſo iſt das, was ſich in dem Werke des Juſtinus Gobler — (deſſelben, von welchem wir auch eine lateiniſche Ueberſetzung der Carolina haben) — „der gemeine Prozess auss geschriben Rechten etc. Frankf. 1562." Bl. 150 b u. fg. über die Nothwehr findet, nur ein Auszug aus der Carolina, welche dabei ſchon mitunter angeführt wird. Auch die Paraphraſe des Remus gibt in dieſer Lehre keine neuen Aufſchlüſſe; im Gegentheil iſt in dem art. 150. [37]) die in der Carolina als entſchuldigt erwähnte Tödtung zur Vertheidigung der Güter eines Andern ſogar mit Stillſchweigen übergangen. Um nichts beſſer iſt die Darſtellung der Nothwehr bei Perneder (Bl. 18.), deſſen kleines Buch „von straff vnnd peen aller vnnd yeder Malefizhandlungen, Ingolstatt 1544" als der erſte Verſuch einer compendiariſchen Darſtellung des Strafrechtes betrachtet werden darf. Merkwürdig, und ein Beweis, mit welcher Geringſchätzung die romaniſtiſch gebildeten Univerſitätslehrer auf die deutſchen Rechtsquellen, und ſelbſt auf die Reichsgeſetze herunterſahen, iſt, daß Perneder ſelbſt da, wo er die Worte der Carolina gebraucht, nie dieſelbe erwähnt, ſondern ſich nur mit Citaten aus dem römiſchen Rechte behilft. Da-

36) So führt auch der oben angef. Abdruck der Wormſer Reformation einen Titel, worin ihr Inhalt als gemeinrechtlich und allgemein anwendbar angegeben wird.

37) Ausgabe von Abegg, Breslau 1837. S. 187.

gegen aber tritt, aus praktiſcher Tendenz, ohne daß jedoch dadurch die Darſtellung ſelbſt einen wiſſenſchaftlichen Charakter an ſich trüge, die Rückſicht auf deutſche Rechtsquellen in einem Werke eines Heſſiſchen Praktikers, des M. Abraham Sawr, fasciculus de poenis, vulgo Straffbuch [38]), hervor. Hier werden unter der Rubrik der einzelnen Verbrechen nicht nur die betreffenden Stellen des römiſchen, canoniſchen und göttlichen Rechtes (der Bibel), und der Schriften des Bartolus u. A., ſondern auch der Sachſenſpiegel, und andere Sächſiſche, Pfälziſche, Heſſiſche und Bayeriſche Ordnungen angeführt, und die Excerpte aus denſelben reihenweiſe zuſammengeſtellt.

Die erſten Rechtsgelehrten, bei welchen ſich eine zuſammenhängende und umfaſſendere caſuiſtiſche Darſtellung der Lehre von der Nothwehr findet, ſind der Flamänder Jodocus Damhouder [39]) und der Italiener Julius Clarus [40]). Beide Juriſten bewegen ſich auf der Grundlage des römiſchen Rechtes, der Gloſſe und der Schriften der italieniſchen Romaniſten des XIV. Jahrhunderts; deſſen ungeachtet iſt in ihrer Darſtellungsweiſe eine nicht unbedeutende Verſchiedenheit bemerklich. Julius Clarus iſt nur Sammler: die communis doctorum opinio iſt das, was er aufſucht; ſie iſt ihm die höchſte juriſtiſche Vernunft, und Bartolus ſein oberſter Gewährsmann. Die Theorie des Julius Clarus über die Nothwehr iſt im Allgemeinen ſehr human, ſogar theilweiſe faſt leichtfertig, ſo wie auch die Begründung, ungeachtet des großen Ballaſtes ſeiner Citate, ſeicht und oberflächlich. Er hält die Nothwehr für erlaubt zur Ver-

38) Dieſes Buch muß ſehr ſtark gebraucht worden ſeyn. Mir liegt die 7te Ausgabe Frankfurt a. M. 1590 vor.

39) Enchiridion rerum criminalium, vulgo Practica etc. Lugduni 1555.

40) Receptae sententiae, 1559. (Frankfurt 1590.)

theidigung des eigenen Lebens und des Lebens Anderer, zur Vertheidigung von Sachen und der Ehre, ja ſogar dann, wenn man füglich habe entfliehen können: doch ſoll bei der Vertheidigung das moderamen inculpatae tutelae eingehalten werden, jedoch will er den Exceß der Nothwehr in allen Fällen, er ſey culpos, oder dolos, milder, d. h. nicht mit dem Tode beſtraft wiſſen [41]). Weit ſelbſtſtändiger und gründlicher iſt Damhouder [42]). Bei ihm ſpielt die naturalis ratio ſchon eine einflußreiche Rolle, und dienet ihm mitunter als Prüfſtein bei der Kritik der hergebrachten Theorieen der romaniſtiſchen Schule. Er will nicht durch die communis doctorum opinio beweiſen, obgleich er ſie nicht gering achtet, ſondern durch die innere Vernünftigkeit ſeiner Gründe überzeugen; er greift daher auch ungeſcheut und geradezu die italieniſchen Rechtslehrer an, wenn ſie ihm etwas unrichtiges, oder — wie er ſich zuweilen ausdrückt — etwas unchriſtliches behauptet zu haben ſcheinen, ſo z. B. den Baldus, von welchem die von Julius Clarus weiter getragene Anſicht herrührt, daß Niemand vor einem ungerechten Angriffe zu fliehen verbunden ſey [43]). Damhouder erklärt die Tödtung für erlaubt in vier Fällen: zur Vertheidigung ſeiner ſelbſt, ſeiner Güter, ſeiner Ehre, und ſeiner Freunde, reſp. dritter Perſonen überhaupt. In Bezug auf den erſten und vierten Fall finden ſich bei ihm manche recht ſchätzbare Ausführungen; in Bezug auf den zweiten Fall behandelt er nur die Tödtung des fur nocturnus und diurnus, erklärt ſich aber dabei dahin, daß ein Dieb wegen des Diebſtahles einer res minima nicht ſtraflos getödtet werden dürfe (cap. 78. §. 4.). Obgleich

41) Sententiarum L. V. §. Homicidium. Nr. 24 – 36.

42) Enchiridion, cap. 76 — 80.

43) *Ibid. cap.* 76 §. 7.

man bei Damhouder im Allgemeinen das Beſtreben bemerkt, — (gerade im Gegenſatze mit ſeinem Zeitgenoſſen Julius Clarus) — die Entſchuldigung der Nothwehr möglichſt einzuſchränken, ſo läßt er doch mit großer Leichtigkeit im dritten der von ihm hervorgehobenen Fälle, nämlich wegen Ehrenkränkungen, Strafloſigkeit der Tödtung eintreten, insbeſondere wenn der Beleidigte ein Edelmann, der Beleidiger aber ein gemeiner Menſch iſt, mit welchem ſich der erſtere nicht duelliren kann.

Weit umfaſſender und ausführlicher als die beiden eben beſprochenen Schriftſteller behandelte aber im XVII. Jahrhundert Benedict Carpzov die Lehre von der Nothwehr [44]). Carpzov iſt unſtreitig der bedeutendſte Schriftſteller über dieſe Lehre. Sein Standpunkt iſt rein praktiſch, ſo wie er überhaupt nicht mit Unrecht als der Vater der gemeinrechtlichen und insbeſondere der ſächſiſchen Praxis ſeit der zweiten Hälfte des XVII. Jahrhunderts bis zum Anfange des XIX. Jahrhunderts genannt werden kann. Mit einer ausgebreiteten Beleſenheit hat er alles zuſammengetragen, was vor ihm namentlich durch die italieniſche Schule im Criminalrechte geleiſtet worden war. Er prüft aber häufig ſelbſtſtändig, und nimmt ſeine Argumente theils aus dem römiſchen, canoniſchen und ſächſiſchen Rechte, und aus den Reichsgeſetzen, theils aus dem göttlichen und natürlichen Rechte. Die Nothwehr iſt ihm nicht nur eine erlaubte Handlung, ſondern ſogar eine Pflicht, und daher erklärt er unumwunden denjenigen für einen Selbſtmörder, der ſich nicht durch den Gebrauch der Nothwehr rettet, wo er könnte (Qu. 28. Nr. 12.). Nach dem Vorgange der Italiener [45]) und des

44) Practica imperialis saxonica rerum criminalium (zuerſt Wittenberg 1652) T. I. Quaest. 28—33.

45) *Vergl. was vorher bei Julius Clarus bemerkt wurde.*

Spaniers Antonius Gomez u. A. führt er die Unterſcheidung von moderamen defensionis und moderamen inculpatae tutelae in die deutſche Schule ein, und will nur, wenn auch letztere vorhanden ſey, volle Strafloſigkeit, außerdem aber nur eine außerordentliche (mildere) Strafe eintreten laſſen.

Uebrigens macht ihm die Entwickelung dieſes an ſich in den römiſchen Quellen nicht begründeten, ſondern nur von den Doctoren aus Mißverſtand des Ausdruckes moderatio inculpatae tutelae hineingetragenen Unterſchiedes viele Mühe, ohne daß er damit in das Klare gekommen wäre. Er geſtehet ſelbſt, dieſer Unterſchied ſey gar ſchwer und zu ſubtil, um präciſe ausgeſprochen werden zu können [46]), auch ſeyen die Doctoren ſelbſt darüber nicht einig, übrigens würden ſich auch nur in ſehr ſeltenen Fällen ſämmtliche Vorausſetzungen des moderamen inculpatae tutelae reſp. der vollen Strafloſigkeit nachweiſen laſſen [47]). So viel gehet aus dem Ganzen hervor, daß Carpzov außer im Zuſtande der Vertheidigung (ſog. moderamen def.) überhaupt keine Nothwehr anerkennen wollte, und wenn dieſer vorhanden war, nur eine ſolche Gegenwehr für ſtraflos hielt, welche mit dem Angriffe im Verhältniſſe ſtand, ſo daß die Unklarheit ſeiner Darſtellung eigentlich nur daher rührt, daß er, ohne es zu bemerken, und durch die Autorität fremder Schulen geblendet, den Begriff des Exceſſes mit dem der Nothwehr ſelbſt confundirte. Carpzov hält die Tödtung nicht für entſchuldigt durch Nothwehr, wenn man den-

46) Dies wiederholt er ſpäter noch einmal (Qu. 29. Nr. 36.) bei der Lehre vom Exceſſe der Nothwehr, und ſagt — (hier wieder von ſeinem geſunden praktiſchen Takte geleitet) — daß man den Exceß des moderamen defensionis und des moderamen inculpatae tutelae kaum zu unterſcheiden vermöge.

47) Qu. 28. Nr. 16 u. fg.

jenigen tödtet, welcher nur wörtliche Drohungen, z. B. daß er dem Andern auflauern werde, ausgestoßen hatte; dagegen erklärt er in Uebereinstimmung mit Damhouder denjenigen für entschuldigt, welcher durch Injurien provocirt, zur Abwendung des Schimpfes von seiner Ehre den Beleidiger niedergestoßen hat (Qu. 30. Nr. 72—74.), da die Ehre nach der Meinung aller trefflichen Menschen ein höheres Gut, als das Leben selbst sey. Auch erlaubt Carpzov unbedingt die Vertheidigung eines jeden Dritten (Qu. 32. Nr. 9.), und die Vertheidigung von Geld und Gütern [48]), selbst ohne periculum vitae (Qu. 32. Nr. 22.); jedoch erläutert er dies (Qu. 32. Nr. 27.) dahin, daß er sich nicht denken könne, daß man in einem solchen Falle nicht auch wirklich in Lebensgefahr sey. Er entschuldiget überdies die Tödtung durch die Nothwehr sowohl bei der Vertheidigung der Sache gegen den, welcher sie entreißen will, als auch bei der sofortigen Verfolgung dessen, der damit entläuft (Qu. 32. Nr. 32.); doch fordert er bei der Tödtung des flüchtigen Entwenders, daß die Sache nicht minimi pretii sey (Qu. 32. Nr. 36.).

Hier finden wir also schon jene Theorie über die Nothwehr vollständig ausgeprägt, wie sie seitdem in den Compendien gemeinhin dargestellt wurde. Ziehet man die in der weitläufigen Arbeit Carpzov's zerstreuten Momente auf feste Begriffe zusammen, so sind hier schon alle jene sog. Requisite der Nothwehr enthalten, wie sie die deutsche Schule regelmäßig aufzählt: impetus inopinatus et injustus, laesio inchoata, periculum in mora und damnum irreparabile. Auf diesen Grund-

48) Als Grund wird angegeben Qu. 32. Nr. 15. „pecunia et *bona*, *vita* hominis vocantur."

lagen beharrte die Doctrin [49]) im Allgemeinen, bis auf die Zeit, in welcher v. Feuerbach mit ſeinen criminaliſtiſchen Theorieen hervortrat. Die Verſchiedenheit der Anſichten, welche in den zwiſchen Carpzov und v. Feuerbach liegenden Schriften bemerkt werden kann, betrifft niemals das Prinzip unſerer Lehre, ſondern nur ſeine caſuiſtiſche Entwickelung, und hat daher für die Geſchichte der Wiſſenſchaft nur eine ſehr untergeordnete Bedeutung. Darin aber war volle Einſtimmigkeit, daß die Nothwehr ein Entſchuldigungsgrund von der Strafe der Tödtung oder Verwundung ſey: nur in dieſer ſpeziellen Beziehung war ſie in der Doctrin und Praxis aufgefaßt, und darum war ihrer Darſtellung ein unbeſtrittener Platz in der Lehre von der Tödtung angewieſen, und dies ſowohl in den Schriften der deutſchen, wie der italieniſchen und anderer auswärtigen Juriſten ſelbſt, welchen jedenfalls die gleiche Auffaſſung der Nothwehr in dem älteſten deutſchen Rechte fremd geblieben war.

Anſelm v. Feuerbach hat das bleibende Verdienſt, die Philoſophie in die Strafrechtswiſſenſchaft eingeführt, und dieſe letztere durch die erſtere befruchtet und neu belebt zu haben. Als Conſequenz der philoſophiſchen Behandlungsweiſe, wonach das Strafrecht aus einem oberſten Prinzipe, der von ihm aufgeſtellten pſychologiſchen Abſchreckungstheorie entwickelt, und in ſeinen einzelnen Sätzen darauf zurückgeführt wurde, ergab ſich die Auszeichnung ſog. allgemeiner Lehren, und die Verbindung derſelben zu einem beſonderen Abſchnitte, dem ſog. allgemeinen Theile des Strafrechtes. Ob bei dieſem Generaliſiren nicht mitunter zu weit gegangen worden, iſt eine Frage, welche nicht unbedingt zu verneinen ſeyn

49) Vergl. Quiſtorp, Grundſ. des deutſch. peinl. R. II. §. 287 fg.

dürfte. So wurde unter anderem auch die Nothwehr in den allgemeinen Theil gezogen, und in Folge hiervon nothwendig der Begriff derſelben umgeſtaltet. War ſie bis dahin dem deutſchen Theoretiker und Praktiker eine ſpezielle Exception in Bezug auf ein ſpezielles Verbrechen — (Tödtung und Verwundung) — geweſen, ſo wurde ſie jetzt als ein *genereller* Entſchuldigungsgrund der Strafbarkeit einer Handlung überhaupt dargeſtellt. Die Nothwehr war fortan im Rechtsſyſteme nicht mehr blos eine entſchuldigte Verwundung oder Tödtung, ſie war nunmehr im Allgemeinen eine erlaubte *Privatgewalt* zur Abwehr eines unerlaubten Angriffes. Der deutſchrechtliche *nationale* Boden war ſomit verlaſſen, und wenn die Philoſophie vielleicht auch wähnte, einen *neuen* erweiterten Begriff geſchaffen zu haben, ſo war doch im Weſen nichts anderes geſchehen, als daß an die Stelle eines feſten und ſelbſt in der Carolina noch ſcharf begränzten deutſchen Rechtsbegriffes der durchaus vage Begriff des römiſchen Rechtes von der erlaubten Privatgewalt geſetzt worden war. Dieſe generaliſirende Auffaſſung der Nothwehr hat ſich ſeitdem in der Schule [50]) erhalten: ob zum Vortheile der Theorie und Praxis, möchte ſich ſchwerlich behaupten laſſen. Wo die vertheidigungsweiſe geübte Privatgewalt nicht in eine Verwundung oder Tödtung des Angreifers übergeht, iſt an ſich nicht denkbar, daß ſie ein Gegenſtand *criminellen* Behandlung und Beurtheilung wird. Dergleichen Fälle gehören in das Civilrecht, und ſind in demſelben billig zu belaſſen. So viel aber die Beurtheilung der ſchon von jeher getriebenen caſuiſtiſchen Controvers-Fragen anbelangt, wann und unter welchen Vorausſetzungen die Nothwehr zum Schutze von

50) Auch die Monographie von *Grattenauer*; Breslau 1806, iſt nur eine erweiterte Darſtellung der Feuerbachſchen Theorie.

Sachen oder wegen beleidigter Ehre zuläſſig, oder ob die Tödtung oder Verwundung des mit der Sache enteilenden Entwenders oder zur Vertheidigung einer res minimi pretii erlaubt ſey, und in welchem Verhältniſſe die geübte Privatgewalt mit dem Angriffe zu ſtehen habe u. ſ. w., darüber gibt die Generaliſirung des Begriffes der Nothwehr nicht nur keine neuen Aufſchlüſſe, noch weniger einen feſteren Haltpunkt, ſondern verwirret nur um ſo mehr, und erzeuget eine um ſo größere Unſicherheit, als der Begriff mit ſeiner Erweiterung ſelbſt unbeſtimmter und unbegränzter geworden iſt. Je weniger alſo die neue Schultheorie der Praxis die ſo ſehr benöthigte Stütze bieten konnte, je mehr ſie ſogar das Auftauchen neuer Streitfragen begünſtigte, deſto dringender mußte die Aufforderung zur Abhülfe für die Geſetzgebung werden, und deſto wichtiger iſt es zu prüfen, was die Geſetzgebung in dieſer Beziehung bereits geleiſtet hat, und überhaupt zu leiſten im Stande ſeyn dürfte.

XI.

Ueber die Benutzung der ständischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen.

Von

Herrn Dr. Mohl,

Professor in Tübingen.

(Beschluß von Nr. VII. im vorigen Stücke.)

Von der Benutzung der einzelnen, in den ständischen Schriften enthaltenen Erklärungen.

§. 7.

Die Motive.

Die Art der von den gesetzgebenden Factoren herrührenden, in den ständischen Schriften enthaltenen Erklärungen ist sehr verschieden, und es stehen auch dieselben in wesentlich abweichenden Beziehungen zu den Gesetzen und deren Auslegung. Wenn nun schon durch die vorstehenden Erörterungen die Benutzbarkeit aller, in sofern sie einen Nachweis über den wahren Willen des Gesetzgebers ertheilen, gezeigt seyn möchte: so ist doch auch das Verhältniß der einzelnen Arten zu untersuchen, und dabei anzugeben, was *etwa an besondern* Anwendungsregeln in Beziehung auf sie *aufzustellen ist.*

Zu diesem Behufe sind denn besonders hervorzuheben: die Motive zur Begründung von Anträgen und Mittheilungen; die Bedingungen und Voraussetzungen einer Zustimmung; die Erklärungen über den Sinn einer Bestimmung, namentlich auch von Seiten der Regierungs-Commission; die Entscheidungen von Beispielen; endlich die Verwerfungen von Anträgen. — Was aber zuerst die Motive betrifft, so bedarf ihre Wichtigkeit für die Auslegung der Gesetze keines Beweises. Enthalten sie auch nicht unbedingt die ratio legis, indem keine rechtliche noch sonstige Nothwendigkeit vorliegt, in derselben den ganzen Gedanken des Gesetzes in seiner geschichtlichen und systematischen Vollständigkeit darzulegen, sondern sie sehr wohl nur fragmentarische Nachweise über Zweck und Ansicht enthalten können: so liefern sie doch kostbares Material für ein richtiges Verständniß im Sinne des Gesetzgebers. Um so nöthiger ist dann aber auch eine richtige Würdigung und Benutzung derselben. Um zu dieser zu gelangen, müssen jeden Falles die zwei wesentlich verschiedenen Arten der Motive unterschieden werden, nämlich einer Seits die von der Regierung ihren Gesetzesentwürfen beigefügten und die von einer ständischen Kammer zur Erläuterung ihrer Beschlüsse gegebenen Gründe; anderer Seits aber die von einer ständischen Commission zur Begründung ihrer Anträge an die betreffende Kammer entwickelten, ferner diejenigen Motive, mit welchen das einzelne Mitglied eine Motion oder eine Abstimmung zu begründen sucht.

Von diesen beiden Arten ist die letzterwähnte von weit geringerer Bedeutung; richtiger gesprochen, nur in Einem Falle von irgend einer Bedeutung. Da nämlich im Allgemeinen es über den wahren Werth des Gesetzgebers durchaus nichts beweist, wie ein einzelnes Mitglied einer Versammlung die Sache angesehen haben mag, indem recht wohl der Beschluß des Collegiums in völlig verschiede-

ner Ansicht gefaßt seyn kann; und da selbst die von dem ersten Antragsteller für die von ihm in Bewegung gebrachten Fragen angeführten Gründe von der Mehrheit lediglich nicht getheilt, und doch aber die Anträge, aus anderen Motiven, beschlossen seyn können: so wäre eine nothwendige und beständige Beachtung der von Commissionen oder einzelnen Mitgliedern vorgebrachten Motive nur in dem Falle vorhanden, wenn die betreffende Versammlung die Verbindlichkeit hätte, sich über dieselben ausdrücklich auszusprechen unter Vermeidung der Annahme einer stillschweigenden Zustimmung. Eine solche Verpflichtung besteht nun aber nicht. Diese Motivirungen sind nur Rechtfertigungen und Verdeutlichungen gegenüber von der Kammer; allein der Vortragende kann keine Erklärung der Billigung oder Mißbilligung über diese seine objectiven Gründe verlangen, sondern nur eine Abstimmung über den Antrag. Auch hat er kein Recht zu fordern, daß sein Antrag gerade in den von ihm damit verbundenen Umfange oder Sinne genommen werde. Die Kammer mag nach Belieben auch wesentliche Aenderungen in den Gründen oder in der Sache eintreten lassen. Ueber den Sinn ihres Beschlusses entscheiden somit die Motive der einzelnen lediglich nicht. Nur in dem Einen Falle erhalten sie eine unmittelbare Bedeutung, wenn nämlich eine besondere Zustimmung und Billigung erfolgte, und sie somit auch die Ansicht wenigstens Eines Factors aussprachen. Daß übrigens eine solche Zustimmung sowohl ausdrücklich, als auch unter den erforderlichen Voraussetzungen, stillschweigend erfolgen kann, bedarf wohl keines Beweises.

Anders verhält es sich dagegen mit den Motiven der Regierung und der Kammern. Hier theilt eine in Gesetzgebungssachen coordinirte Gewalt die Gründe, aus *welchen sie ihrer* Seits eine bestimmte Vorschrift für *zweckmäßig erachtet* und beschlossen hat, und den Sinn, in

welchem sie das Gesetz nicht ausgelegt wünscht, ausdrücklich mit. Sie kann denn nun allerdings verlangen, daß derjenige anderweitige Factor, welcher eine Mittheilung erhält, sich über dieselben ausspreche, indem er nicht den nackten Antrag, sondern diesen näher bestimmt durch die Motivirung, zur Anwendung seiner Thätigkeit erhalten hat. Bei einer gänzlichen Verwerfung des Antrages bedarf es freilich keiner eignen Erklärung über die Motive, welche mit jener gefallen sind, und jeden Falles sich auf keinen Gegenstand der gemeinschaftlichen Verhandlung mehr beziehen. Allein wenn dem Beschlusse ganz oder theilweise beigetreten, den Motiven aber nicht beigestimmt werden will, so hat eine ausdrückliche Erklärung hierüber zu erfolgen, indem sonst mit Recht angenommen werden muß, daß der Antrag, in dem ausdrücklich mitgetheilten Sinne, sey angenommen worden [27]).

---

27) Die hier entwickelte Ansicht hält die Mitte zwischen der gemeinen Theorie und der von Mittermaier a. a. O. S. 217. aufgestellten Lehre. Daß die erstere Commissions-Motiven zu viel Gewicht beilegt, dürfte aus dem Angeführten sich ergeben. Wenn aber Mittermaier sich gegen eine stillschweigende Einstimmung in Motive überhaupt, und zwar namentlich deßhalb erklärt, weil nicht jeder einzelne Satz dieser Art in den Kammersitzungen ausdrücklich berathen werden könne; weil die Mitglieder hinsichtlich des Widerspruches sich fälschlich gegenseitig auf einander verlassen; weil der Drang der Geschäfte eine Erklärung verbiete; endlich weil die Delicatesse davon abmahne: so dürfte doch hiergegen zu bemerken seyn, daß alle diese Rücksichten die rechtliche Folge eines Stillschweigens dann nicht entfernen können, wenn ein ausdrücklicher Widerspruch nöthig gewesen wäre, um die gesetzliche Annahme einer stillschweigenden Zustimmung zu entfernen. Die Einwilligung ist einmal, durch das unzeitige Stillschweigen, erfolgt; aus welchen Gründen dies geschah, ist für die Rechtsgültigkeit derselben gleichgültig. Wer dies vermeiden wollte, hatte sich ausdrücklich zu äußern; widrigenfalls verzichtete er auf sein Widerspruchsrecht. Und selbst die Forderungen der Billigkeit und eines geordneten Geschäftsverfahrens scheinen ein strenges Festhalten an dem Rechtsgesetze nöthig zu machen. Wenigstens möchte es schwer seyn, in Abrede zu ziehen, daß derjenige Factor, welcher eine ausdrückliche Bestimmung hinsichtlich sei-

Unter der Voraussetzung der Richtigkeit vorstehender Ansichten, ferner der Unbestreitbarkeit des Satzes, daß eine unzweifelhafte Erklärung über die bei einem bestimmten Willensacte gehegte Absicht maaßgebend ist für dessen Auslegung, ergeben sich denn nun für den Gebrauch der Motive zum Behufe der Interpretation folgende Regeln:

Motive eines Ständemitgliedes oder einer ständischen Commission geben keinen Beweis über die wahre Meinung des Gesetzgebers, auch wenn ihnen in der betreffenden Versammlung nicht widersprochen wurde; nur wenn eine besondere Billigung derselben nachzuweisen ist, können sie gebraucht werden.

Von den, einem der gesetzgebenden Factoren an einen Mitfactor übergebenen Motiven sind, falls sie von dem letztern nicht ausdrücklich abgewiesen oder modificirt sind, im Falle der Annahme des durch sie begründeten und erklärten Antrages als von beiden Factoren getheilt zu betrachten.

Wenn aus anderweitigen Zeugnissen erhellen sollte, daß das wirkliche Motiv der von einem der Factoren abgegebenen Erklärung ein von dem mitgetheilten verschiedenes war, so ist zu unterscheiden, ob das letztere das wahre ausschließt oder nicht. In dem ersten Falle darf nur das angegebene Motiv gebraucht, somit die Erklärung des betreffenden Factors nur in dem Sinne zu nehmen seyn, welcher als der damit zu verbindende genannt wurde.

---

ner Willensmeinung mittheilte, gegründete Ursache zu einer Beschwerde habe, wenn eine gleichstehende Behörde es nicht einmal der Mühe werth finde, sich darüber zu äußern, und nun doch, aus dem Grunde dieses Stillschweigens, die geäußerte Ansicht als irrelevant erklären wollte. Und wie sollen — so wird es gestattet seyn zu fragen — Geschäfte zwischen verschiedenen, von einander unabhängigen Versammlungen abgemacht werden, wenn sich jede derselben nach Belieben der Abgabe einer Aeußerung über ausdrückliche Mittheilung der andern enthalten, und gar nichts aus dieser Unterlassung folgen würde?

Nur über diesen sind die andern Factoren übereingekommen, und der Motivirende selbst hat eben durch seine Aufstellung des Motives, erklärt, daß er den zu fassenden Beschluß in dieser bestimmten Richtung verstanden und angewendet wissen wolle. Ob er eigentlich andere Wünsche hatte, und warum er diese nicht verfolgte, ist unter solchen Umständen völlig gleichgültig. Ist dagegen das nicht angegebene Motiv neben dem amtlichen anwendbar, und ist nicht etwa das letztere ausdrücklich als das einzige erklärt worden, so mag immerhin auch diesem zweiten die gebührende Bedeutung gegeben werden. Ist nämlich der Inhalt der ständischen Verhandlungen ein sehr wichtiges Auslegungsmittel, so ist es doch nicht das einzige.

Widerspricht ein Motiv dem Willensacte, welcher es erklären soll, so ist dasselbe bei Seite zu setzen und letzterer aus anderweitigen Quellen zu erläutern, indem ein falscher oder falsch ausgedrückter Grund das Daseyn und die Verbindlichkeit einer Rechtshandlung nicht aufhebt.

§. 8.

Die Bedingungen einer Zustimmung.

Nicht selten macht einer oder der andere Factor der Gesetzgebung seine Zustimmung zu einem Gesetze, oder dem Theile eines solchen ausdrücklich davon abhängig, daß dasselbe nur in einer bestimmten Weise verstanden, oder nur auf eine bezeichnete Weise angewendet werden dürfe. Oder aber er spricht bei seiner Zustimmung aus, daß er einen bestimmten Sinn oder eine bestimmte Ausführung bei dieser seiner Einwilligung voraussetze. — Natürlich sind die übrigen Factoren an eine solche Bedingung an und für sich nicht gebunden, sondern mögen sie zurückweisen, wo sich dann ergeben wird, ob der Bedingende nun dennoch beitritt, oder aber jetzt ganz verwirft. Haben aber die an-

deren Factoren ihre ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zu einer Bedingung gegeben, so entsteht dadurch ein förmlicher Vertrag unter ihnen, welcher seine Wirkung auch auf den Ausleger übt. Demgemäß ist ein Gesetz auch in dem Falle im Sinne einer beigefügten Bedingung oder Voraussetzung auszulegen, wenn die Natur der Sache auf eine verschiedene Ansicht geführt haben würde. Entsteht hierdurch ein Widerspruch zwischen diesem Gesetze und den übrigen, so ist derselbe nach den gewöhnlichen Vorschriften für einen solchen Fall zu behandeln. Die Berücksichtigung einer feststehenden Bedingung ist so unabweisbar, daß, selbst wenn die Bedingung mit den Worten des Gesetzes unvereinbar wäre, sie vorzuziehen ist, indem hier der Wille des Gesetzgebers ganz unzweifelhaft vorliegt, und somit die gewählten Worte nur als eine fehlerhafte Form erscheinen.

Von selbst versteht sich übrigens, daß nur Bedingungen und Voraussetzungen, welche ganze Factoren der Gesetzgebung aufgestellt haben, von solcher Bedeutung sind, dagegen ähnliche Aeußerungen von einzelnen Mitgliedern oder von Commissionen keine zwingende Kraft enthalten. Auch haben die betreffenden Kammern keine Verbindlichkeit, sich für oder gegen solche Bemerkungen Einzelner auszusprechen; während allerdings die übrigen Factoren den von einem Mitfactor aufgestellten und förmlich mitgetheilten Bedingungen ausdrücklich widersprechen müssen, wenn sie nicht als stillschweigend einwilligend angesehen werden wollen.

§. 9.

Die Erklärungen über den Sinn einer Bestimmung.

Es mag nicht eben die richtigste Art der Abfassung von Gesetzen seyn, wenn ein über den Sinn bestimmter

Worte während der Berathung entstandener Zweifel nicht zu einer Richtigstellung dieser Worte Veranlassung giebt, sondern wenn sich die berathende Versammlung mit einer Erklärung, wie der Ausdruck zu verstehen sey, zufrieden stellt. Allein diese nachlässige Behandlungsweise ist doch nicht selten, theils als die schneller abgemachte, zuweilen wohl auch als die geringerer Gefahr eines Widerspruches von Seiten anderer Factoren ausgesetzte; und es muß daher auch ihr Einfluß auf die Auslegung untersucht werden.

Die allgemeinen Regeln hinsichtlich solcher Erklärungen sind, unter Bezugnahme auf das bisher Erörterte, leicht zu formuliren. Etwas schwieriger ist die Anwendung auf einige bestimmte Fälle. — Was aber jene betrifft, so lassen sie sich in folgende Sätze zusammenfassen:

Vorerst ist einleuchtend, daß von einem rechtlichen Werthe der genannten Mittheilungen unter allen Umständen nur dann die Rede seyn kann, wenn diejenige physische oder moralische Person, welche dieselbe giebt, einen wesentlichen Einfluß auf die Bestimmungen der Gesetze hat. Von Anderen gegeben, sind sie nichts, als subjective Ansichten, welche von einem doctrinellen Werthe seyn mögen, allein lediglich keine Zwangskraft für den Ausleger haben. Es sind somit Erklärungen einzelner Stände-Mitglieder und auch ständischer Commissionen nur dann von Bedeutung, wenn sie von der betreffenden Kammer, als auch die ihrige, angenommen worden sind. Unmittelbare Wichtigkeit haben somit nur die von einem der Factoren selbst oder gültig in seinem Namen gemachten Erklärungen. — Ein zweiter, wohl eben so wenig in Abrede zu ziehender, Satz ist der, daß eine solche Erklärung nur dann für die Auslegung unbedingt entscheidend ist, wenn sie von allen drei Factoren der Gesetzgebung, ausdrücklich oder stillschweigend, angenommen wurde. Nur von einem derselben gegeben, oder etwa auch noch von einem zweiten ge-

theilt, sind sie allerdings Beweise darüber, wiedieseFactoren das Gesetz verstanden haben wollen: allein dies entscheidet noch nicht über die Zustimmung des Dritten, und somit noch nicht nothwendig über die wahre Auslegung des Gesetzes. Und hier ist denn namentlich auf die Nothwendigkeit einer förmlichen Mittheilung aufmerksam zu machen, indem nur in solchem Falle eine genügende Veranlassung zu einer, ausdrücklichen oder stillschweigenden, beitretenden oder verwerfenden, Willensäußerung vorhanden ist. — Endlich steht noch fest, daß eine von allen drei Factoren gutgeheißene Erklärung den Sinn des Gesetzes nicht blos bestimmt, wenn eine Wahl zwischen verschiedenen gleich möglichen Auslegungen der Worte bestand; sondern auch dann, wenn sie dem Wortlaute zuwiderläuft. Hier sind die gebrauchten Worte ein fehlerhaftes Mittel zur Ausdrückung des nachweisbaren wahren Sinnes des Gesetzgebers, und es hat somit der letztere den Vorzug. Daß namentlich hier der Zweck auf eine andere Weise (durch Richtigstellung der Worte) weit passender erreicht worden wäre, nimmt dem Willen des Gesetzgebers seine Kraft nicht.

Der eigenthümlichen Fälle von Erklärungen, welche eine nähere Betrachtung erfordern, sind zwei. Einmal nämlich gehören hierher die *von Regierungs-Commissären während der Debatten abgegebenen mündlichen Erklärungen*. So wenig nämlich in Zweifel gezogen wird, daß eine in den verfassungsmäßig vorgeschriebenen Berathungen beschlossene, und mittelst eines hierzu anerkannten Organs den Ständen förmlich mitgetheilte mündliche Eröffnung der Regierung hinsichtlich ihrer Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit einem schriftlichen Erlasse vollkommen gleichsteht: so ist doch schon [28]) entschieden bezwei-

28) S. Mittermaier, a. a. O. Derselben Meinung ist auch *Chauveau Adolphe*, Principes de compétence et de *jurisdiction* administrative. Paris 1841. Bd. I. S. CLVI.

felt worden, daß auch solche Erklärungen, welche im Laufe der mündlichen Verhandlungen mit einer der Kammern von den zur allgemeinen Vertheidigung eines Gesetzes-Entwurfes bestimmten Commissären abgegeben werden, als Ausdruck des Regierungs-Willens betrachtet werden können. Solche seyen, wird behauptet, lediglich als die individuellen Ansichten dieser Commission anzusehen, und somit von keinerlei Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes. — Unzweifelhaft ist ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Erklärungen zu machen; allein die eben angeführte Ansicht geht doch wohl zu weit. Es ist nämlich zwar zuzugeben, daß die Commission unmöglich über alle denkbaren während einer Berathung sich erhebenden Fragen zum Voraus besonders instruirt, und zu einer Erklärung über den schriftlichen Willen der Regierung ermächtigt seyn könne; daß sie somit in ihren Antworten auf die an sie gerichteten Fragen und Zweifel Vieles nur mittelst Schlusses aus der ihnen im Allgemeinen bekannten Absicht der Regierung ableiten, und dadurch auf ihre Verantwortung rechnen müssen, wodurch natürlich Irrthümer möglich sind. Es ist ferner einzuräumen, daß die Regierung durch eine gegen ihren allgemeinen oder besondern Auftrag gegebene Zusicherung eines ihrer Abgeordneten rechtlich keineswegs gebunden ist. Auch mag daher der den Ständen ertheilte Rath, sicher zu gehen, und die Berichtigung des vorgeschlagenen Gesetztextes nach solchen Erklärungen zu verlangen, ganz zweckmäßig seyn. Allein auf der andern Seite ist eben so richtig, daß die Commissäre im Allgemeinen mit dem Plane der Regierung wohl vertraut seyn können; daß in minder bedeutenden Punkten die Regierung eine von ihrer eigentlichen Absicht abweichende Antwort eines ihrer Commissäre leicht gutheißen kann zur Vermeidung von Weitläufigkeiten und Streitigkeiten, während ihr auf der andern Seite ein förmlicher

spätterer Widerruf einer unrichtigen Erklärung eines ihrer Commissäre vollkommen frei steht [29]): namentlich aber, daß eine gedeihliche Berathung sehr bestrittener oder ausführlicher und verwickelter Gesetzesentwürfe gar nicht denkbar wäre, wenn in jedem Augenblick zur Feststellung von Voraussetzungen und Vorfragen von dem Commissär die Debatte abgebrochen und specielle Instruction eingeholt werden müßte. Diesen beiden Seiten der Sache ist nun, wie es scheint, gebührende Rechnung getragen, wenn hinsichtlich der im Laufe der mündlichen Verhandlungen von Regierungs-Commissären gemachten Aeußerungen der Grundsatz aufgestellt wird, daß dieselben zwar allerdings von der Regierung ausdrücklich fur unrichtig und von ihr nicht anerkannt erklärt werden können, und alsdann nicht nur als nicht geschehen, sondern sogar als entschieden unrichtig zu betrachten, und auch in diesem Sinne bei der Auslegung zu gebrauchen sind; daß aber diejenigen, welche nicht auf solche Weise bis zur Beendigung des fraglichen Geschäftes in Abrede gezogen worden sind, als von der Regierung anerkannt betrachtet werden müssen. Natürlich kommt dabei der Grundsatz der Nachweisbarkeit hier zu besonderer Anwendung, und nur was in den amtlichen, auch der Regierung mitgetheilten, Protokollen verzeichnet ist, kann als eine beweisende Erklärung der Regierungs-Commission angesehen werden.

Eine zweite Art von Erklärungen, welche besonders hervorgehoben werden muß, ist die gar nicht selten vorkommende, daß eine gewisse Bestimmung in das Gesetz nicht aufzunehmen sey, weil sich der fragliche Satz von selbst verstehe. Eine solche Erklärung kann von der

29) So hat z. B. die württembergische Regierung nicht den mindesten Anstand genommen, bei der Berathung des neuen Strafgesetzbuches wiederholt mündliche Erklärungen ihrer Commissäre später für irrig zu erklären.

egierung ausgehen zur Vertheidigung einer angeblichen
icke im Gesetzesentwurfe, oder von einer ständischen Kam-
er als Grund ihres Beschlusses, einen vorgeschlagenen
rtikel wegzulassen. — Offenbar nun ist der Werth eines
usspruches dieser Art von sehr verschiedener Bedeutung
r die Auslegung des Gesetzes je nach den näheren Ver-
ultnissen. Und zwar sind hier die hinsichtlich der Motive
ltenden Grundsätze ohne Bedenken anzuwenden, indem
rklärungen der fraglichen Art zwar nicht der Form, allein
ch eigentlich dem Sinne nach nichts anderes sind als Be-
ündungen eines bestimmten, negativen Zustandes des
esetzes. Wenn demnach alle Factoren der Gesetzgebung
usdrücklich oder stillschweigend zustimmend der Erklä-
ng beigetreten sind, so giebt sie den wahren Sinn des
esetzes an, auch wenn wirklich an und für sich dieser
inn sich nicht von selbst verstanden hätte. Als eine
llschweigende Zustimmung aber ist es, aus früher be-
its erörterten Gründen, immer anzusehen, wenn eine
lche Erklärung den übrigen Factoren ordnungsgemäß
itgetheilt, von ihnen aber nicht widersprochen worden
; folglich, wenn sie in den, den Kammern übergebenen
egierungsmotiven, oder in den der andern Kammer mit-
theilten, in Gegenwart eines nicht widersprechenden Re-
erungs-Commissärs gefaßten Beschlüssen aufgeführt ist.
ur als die einseitige Meinung Eines Factors aber kann
e Erklärung gelten, falls die übrigen Factoren keine Ge-
genheit zur Aeußerung hatten. Nur von einer Commis-
on abgegebene Erklärungen der fraglichen Art, über
elche die betreffende Kammer nicht aussprach, sind ledig-
h Privatansichten, und von gar keiner Zwangsbedeutung
ir die Auslegung.

§. 10.

Die Entscheidungen von Beispielen.

Von sehr geringem Werthe für die Feststellung des wahren Gesetzes-Sinnes sind die Beispiele, welche während der Debatte, sey es zur Deutlichmachung, sey es zur Bekämpfung eines Satzes, angeführt zu werden pflegen. Nicht nur sind dieselben in der Eile der Rede häufig falsch gewählt, oder auch wohl, um den gewünschten Eindruck in gehörigem Maaße hervorzubringen, absichtlich ausgeschmückt [30]), sondern sie beweisen überhaupt nur eine rein subjective Ansicht des Redenden. Der betreffende Factor der Gesetzgebung ist lediglich nicht schuldig, sich für oder gegen eine solche Argumentationsweise des Einzelnen auszusprechen, und es kann somit auch von einer stillschweigenden Billigung hier gar nicht die Rede seyn. Selbst wenn Regierungs-Commissäre, sey es durch eine Frage veranlaßt, oder aus eigenem Antriebe, sich über ein Beispiel erklärt haben, kann dies nicht als die bindende Ansicht der Regierung angesehen werden, da die Entscheidung des Commissärs mit gänzlicher Verkennung des Willens der Regierung durch einen ganz subjectiven Fehler in der Auffassung oder im Schlusse entstanden seyn mag.

Nur in dem Einen Falle können wenigstens solche Beispiele von größerer Bedeutung seyn, wenn sie nämlich in den schriftlichen, also wohl überlegten, Aeußerungen eines Factors an die übrigen enthalten sind, als Theil seiner Motive, oder zur Verdeutlichung seiner Ansicht. Hier können sie dazu dienen, die von ihm über den Sinn gewisser Bestimmungen gehegte Ansicht nachzuweisen. Allein nicht nur ist damit noch nichts hinsichtlich der Meinung der

30) S. Mittermaier, a. a. O., S. 220.

übrigen Factoren gewonnen, sondern es ist selbst immer noch möglich, daß auch hier ein offenbarer Irrthum in der Entscheidung nachgewiesen, die wahre Ansicht des betreffenden Factors aber aus andern, zuverlässigen Urkunden gezeigt werden kann.

§. 11.

Die Verwerfungen von Anträgen.

Nicht nur die Beschlüsse, durch welche ein bestimmter Inhalt der Gesetze ausgesprochen wird, sondern auch diejenigen, welche entscheiden, daß eine gewisse Bestimmung nicht aufzunehmen seyn; dienen zur Auslegung des richtigen Sinnes. Abgesehen nämlich von dem einzigen (oben in §. 8. erörterten) Falle, wenn die Aufnahme eines Satzes verweigert wird, weil er sich schon von selbst verstehe, beweisen ablehnende Erklärungen immer, daß der beantragte, allein verworfene Inhalt nicht Theil des Gesetzes und seiner Auslegung seyn soll. Ein solcher Satz darf dann also auch nicht aus anderen Auslegungsquellen abgeleitet und als der eigentliche Sinn des Gesetzgebers dargestellt werden. Liegt doch der Beweis des Gegentheils vor. Selbst wenn aus anderweitigen, gebilligten Theilen des Gesetzes ein Schluß auf diese Bestimmung gemacht werden könnte, ist derselbe zu unterlassen. Die daraus sich etwa ergebende Folgewidrigkeit gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zu entfernen, ist nur dessen Sache selbst, nicht aber die des Auslegers. Von wem der verworfene Antrag ausging, ist hinsichtlich der Folgen deßhalb gleichgültig, weil in jedem Falle eine Willenserklärung vorliegt, welche ihre Bedeutung aus sich selbst, nicht aber aus der Veranlassung ihrer Abgebung erhält. Eben so macht es keinen Unterschied, wenn etwa der angegebene *Grund* der Verwerfung thatsächlich oder rechtlich

falsch ist. Deßhalb steht der Wille des gesetzgebenden Factors nicht weniger fest; dieser aber, und nicht seine Veranlassung, entscheidet über die Gültigkeit des Gesetzes. Ferner bedarf es wohl kaum erst der Bemerkung, daß die Verwerfung auch nur Eines Factors vollkommen hinreicht zur Hervorbringung der genannten Wirkung. Denn wenn schon eine Uebereinstimmung aller drei Factoren nöthig ist, um einen Beschluß in das Gesetz aufzunehmen, oder eine authentische Erklärung desselben zu geben, so reicht aus demselben Grunde die Verwerfung auch nur eines Theilhabers der gesetzgebenden Gewalt hin zu einer gänzlichen Entfernung aus dem Gesetze. Ein vollwirkendes Veto hat jeder einzelne Factor; allein nur ein getheiltes Bestimmungsrecht.

§. 12.

Schluß.

Dies dann die ausführliche Entwicklung unserer Ansicht über die Benutzung der verschiedenen in den ständischen Schriften enthaltenen Erklärungen zum Behufe der Gesetzes-Auslegung.

Wenn dieselbe wesentlich abweicht, sowohl von der gewöhnlich (zuerst von Wächter) aufgestellten Theorie, als auch, und zwar noch entschiedener, von der neuen Meinung Schaffrath's, und wenn sie selbst der von Mittermaier am ausführlichsten dargelegten Mittelansicht sich manchfach nicht anschließt: so rührt dies, wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, hauptsächlich aus zwei Ursachen her. Einmal wird nicht blos auf die Auffindung des wahren Willens des Gesetzgebers gesehen, wie dies von der gewöhnlichen Theorie geschieht, noch aber auch lediglich die Promulgation der Worte als entscheidender Umstand anerkannt, mit Schaffrath; sondern es wird *eine Vereinigung* beider Rücksichten gefordert. Zweitens

aber sind in verschiedenen Fällen Unterscheidungen gemacht worden, wo die Vorgänger, je von ihrem Standpunkte aus, nur gleiche Verhältnisse annahmen, dadurch aber unter sich uneinig, durch die Einseitigkeit aber von der Wahrheit entfernt wurden.

Durch diese Annahme verschiedener gleich hoch stehender Grundsätze, so wie durch die Aufstellung dieser Unterschiede, ist denn freilich die Lehre verwickelter und ausführlicher geworden, als sie nach den bisherigen Bearbeitungen war. Allein so wenig dies an sich für die Wissenschaft und für das Leben wünschenswerth seyn mag, so wenig dürfte es doch ein nothwendiges Zeichen von unklarer Auffassung und verkehrter Spitzfündigkeit seyn. Die im constitutionellen Staate bestehende Art der Gesetzesabfassung ist nicht einmal so weitläufig und vielfach verschlungen; es sind dabei so mancherlei Wechselfälle und Verhältnisse möglich, daß nothwendig auch die Rechtswissenschaft die Folgen davon empfinden muß. Und keineswegs ist etwa blos für die Regeln der Auslegung eine Reihe von Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten entstanden. Man denke z. B. nur an den Unterschied von Verfassungs-Bestimmungen, Gesetzen, Verordnungen, und an die manchfachen schwierigen Fragen, welche sich an diesen Unterschied knüpfen. Oder an die bestrittenen Fragen hinsichtlich der gültigen Dauer gewisser Gesetze. Wie überhaupt diese Regierungsweise nicht den Vorzug der Einfachheit in Anspruch nehmen darf, so auch nicht in Beziehung auf ihre Gesetzgebung und die rechtswissenschaftliche Behandlung ihrer Gesetze.

Die Frage kann somit nur die seyn: ob die im Vorstehenden aufgestellten Sätze und Unterschiede richtig aufgefunden sind, und ob sie den Gegenstand erschöpfen. Hierüber mögen denn nur Sachverständige entscheiden.

XII.

Raub und Brandstiftung.

Streife von Erfolg. Geständniß auf frischer That. Verhör über Animus,

mitgetheilt
von
Herrn Dr. von Jagemann,
Hofgerichtsrath in Freiburg.

Der Odenwald ist eine gleichsam von der Natur für das Räuberhandwerk vorzüglich günstig angelegte Gegend, indem daselbst viele Gebirgszüge sich kreuzen, und hundertfältige Thäler, Hügel und Schluchten aneinander gereiht sind, indem ferner fast alle Bergflächen bis an die Wege herab mit Laubholz bedeckt und die spärlich vertheilten Dörfer meist so weitläufig gebaut sind [1]), daß man wohl in dem einen Hause die größte Gewaltthat unternehmen könnte, ohne daß der erste Nachbar, wenn er gerade mit seiner Familie unter Dach sich befindet, es gewahr würde. Dazu kommt auch noch die große Armuth der Bewohner, da dieselben weder einen bedeutenden Ackerbau treiben können, noch bis jetzt durch Fabriken hinreichend beschäftigt werden. Wenn es auch zu viel wäre, hieraus den Schluß

1) Die Polizei sollte endlich auf diesen in gar vielen Gegenden bestehenden Mißstand aufmerksam werden und darauf hinwirken, daß die großen Zwischenräume durch Neubauten ausgefüllt werden, statt daß noch immer weiter hinaus Ansiedlungen geschehen.

zu ziehen, daß die Bewohner aus Mangel und Geschäftslosigkeit leicht zu unordentlichem Erwerb verleitet werden könnten, so steht doch sicher, daß sie für Begünstigung des Verbrechens, theils um des Vortheils willen, theils um des Gewinnes willen, theils aus Gleichgültigkeit gegen die gesetzliche Ordnung, geneigter seyn müssen, als die Landleute in volkreicheren Gebirgsgegenden oder in der Ebene.

Bekanntlich ist schon öfter der Fall vorgekommen, daß sich im Odenwalde Räuberbanden angesammelt haben, welche dann die Gebirge sowohl als die anstoßende Bergstraße beunruhigen. In neuerer Zeit zeigten sich von solchem Unfuge allerdings wenige Spuren, weil die polizeiliche Aufsicht durch die seit einigen Jahren überall auf dem besten Fuß eingerichtete Gendarmerie [2]) ausnehmend geschärft wurde. Dessen ungeachtet ereignete es sich im Jahre 1836, daß sich in jener Gegend vielerlei Gesindel zusammenzog, welches zum Theil von Kindern und Frauenspersonen rottenweise gesehen wurde, theils aber auch durch kleine Diebstähle Lebenszeichen von sich gab.

Es läßt sich denken, daß durch solche Nachrichten alle Reisenden, Spaziergänger und sogar die Bauersleute, welche sonst für Angst und Schrecken nicht leicht empfänglich sind, allarmirt wurden. Es war nun die Aufgabe der Sicherheitspolizei, energische Maaßregeln zu ergreifen, um das wachsende Uebel wo möglich im Keime zu unterdrücken. Zu solchem Zwecke ist Nichts empfehlenswerther, als wiederholte Streifungen [3]). Die Gendarmerie

2) Es werden fast jede Woche von den hessischen und badischen Gendarmen „Verbindungspatrouillen" gemacht.

3) Unsere neueren Criminalisten thun dieses oft sehr wirksamen Verfolgungsmittels seltsamerweise kaum noch eine Erwähnung. Vergl. Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 105. von Berg, Handb. des deutsch. Polizeirechts Th. 1. S. 258. Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen §. 104.

wurde aus allen umliegenden Amtsbezirken requirirt, und durchzog dann, gemeinschaftlich mit der zu Heidelberg stationirten Brigade und mit den großh. hessischen Gendarmen, den Odenwald nach allen Richtungen. Bald wurde der Verdacht der Theilnahme an jenen Raubzügen auf einen gewissen Johann Kaiser aus Großsachsen, Amts Weinheim, gelenkt, da die mühsam zusammengetragenen Beschreibungen derer, die verdächtigen Männern im Walde begegnet hatten, und auch von ihnen angehalten worden waren, sehr auffallend hinsichtlich des Rädelsführers auf diesen paßte. Kaiser war nämlich seit einigen Wochen aus dem Untersuchungsverhafte, in dem er sich zu Heidelberg, wegen eines zu Wieblingen in der Ebene begangenen Diebstahls mit Einbruch, befunden hatte, entsprungen, und die Nachfragen in seiner Heimath lehrten, daß er sich dort nur vorübergehend habe sehen lassen. Der Verfasser zweifelte bald nicht mehr daran, daß dieser Mensch darauf ausgehen möchte, eine neue Bande zu organisiren, theils weil er nach dem Prädicate der Ortsbehörde von Jugend auf arbeitsscheu gewesen war, theils weil er schon wegen zweier Diebstähle schuldig erklärt und mit Strafe belegt war, theils weil er durch seine Persönlichkeit in der letzten Untersuchung, wegen des Diebstahls zu Wieblingen, den Eindruck eines höchst determinirten Bösewichts gemacht hatte.

---

4) Jeder Inquirent sollte sich eine Liste anlegen, worin alle ihm vorkommenden gefährlichen und verdächtigen Subjecte nach ihren Hauptkennzeichen aufgeführt sind. Fällt dann ein Verbrechen vor, dessen Thäter unbekannt ist, so ergiebt sich oft aus der Durchsicht dieses Verzeichnisses ein Anhaltpunkt zur Nachforschung, indem man durch Erfahrung lernt, welche Thaten man, nach den Modificationen, mit denen sie auftreten, gewissen Personen zutrauen darf. Auch ist man es gewissermaßen seinem Nachfolger schuldig, solche Notizen zu seiner Orientirung zu hinterlassen.

Die Phyſiognomie Kaiſers iſt ſo eigenthümlich, daß ihre Beſchreibung faſt den Anſchein von Uebertreibung erhalten könnte. Seine Geſichtsfarbe iſt gelblich mit kupferfarbigen großen Flecken; die Haut iſt durch vernachläſſigte Blattern ganz uneben geworden; ſein Mund, der nicht gerade groß genannt werden kann, geſtaltet ſich widerlich durch eine Verziehung, welche vielleicht durch das dieſem Menſchen zur Leidenſchaft gewordene Tabackkauen entſtanden ſeyn mag; ſeine Naſe iſt, ohne ſtumpf zu ſeyn, auf der Spitze etwas abgeplattet; das merkwürdigſte Kennzeichen bieten aber die Augen dar, welche klein und tiefliegend ſind; die ſehr ſtarken buſchigen Augenbraunen geben beinahe das Anſehen, als ſollten ſie dem ſchuldbewußten Blicke zum Verſtecke dienen; dennoch fallen dieſe Augen Jedem, der dieſes Verbrechers anſichtig wird, zu allererſt auf, weil die Augenlieder purpurroth ſind, und beſtändig Thränen herauslaufen [5]), gleichſam als wollte die Natur eine Ironie auf die Empfindſamkeit machen. Dazu kommt, wie ſich denken läßt, eine Scheu vor jedem ehrlichen Menſchen, vermöge welcher Kaiſer beſtändig ſeitwärts oder abwärts, niemals aber ſeinem Richter ins Angeſicht blickte. Die Kopfhaare endlich ſind ſo unrein und verwirrt, daß ſie faſt wie Borſten abſtehen. Der Körper übrigens hat eine nur mäßige Größe, und beweiſt durch die Breitſchultrigkeit, wie viel Kraft in ihm wohne.

Während der Fahndungen auf die im Odenwalde graſſirenden Abenteurer liefen immer bedenklichere Nachrichten von Diebſtahlsverſuchen und Raubanfällen ein.

Zu einem wirklichen Raube kam es bei der Margaretha Scheib von Schönmattenweg, einem 19jährigen Mädchen, welches beim Nachhauſegehen vom Schnies-

5) Er hatte ſtets ein Tuch in der Hand, mit welchem er ſeine Augen trocknete und zugleich ſeine Verlegenheit verbarg.

heimer Markte, nach seiner eidlichen Aussage, von vier vermummten Männern in Walde angefallen und gezwungen wurde, seine geringe Baarschaft von 2 Fl. 26 Kr. herzugeben. Den Einen von den Männern, welcher eigentlich die That vollführte, schilderte das Mädchen ganz und gar wie Kaiser aussieht; nur wollte sie einen starken Bart bemerkt haben, welchen aber Kaiser, da er gewöhnlich weder Backenbart noch Kinnbart trägt, ohne Zweifel wachsen ließ, um sich desto weniger kennbar zu machen.

Man theilte nun allen Gendarmen in der Umgegend ein ganz genaues Signalement von Johann Kaiser mit [6]), und auf einer ganz unvermuthet wiederholten Streifung ward wirklich derselbe in dem hessischen Dorfe Mörlenbach in einer Scheuer ausfindig gemacht, und von dort aus über Heppenheim nach Heidelberg transportirt. Merkwürdig verwildert und sonneverbrannt erschien dieser Mensch nach neunwöchentlichem Umhertreiben wieder vor seinem Richter, der nun fürs Erste die Untersuchung wegen des Wieblinger Diebstahles vollendete; und zwar in der Hoffnung, daß deshalb eine Zuchthausstrafe ausgesprochen würde, worauf dann hinsichtlich der inzwischen weiter verübten Gewaltthaten leichter ein Geständniß zu erhalten gewesen wäre [7]), da es dann doch um die Freiheit auf eine längere Zeit geschehen war. Leider gerieth aber diese Untersuchungssache beim Gerichtshofe in einen Senat, der sich, selbst auf die dringendsten Indicien, nicht für berech-

---

6) Dieses war zum Glücke schon beim ersten Verhör aufgenommen worden. S. mein Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde §. 627.

7) Schon zweimal machte der Verfasser die Erfahrung, daß Condemnaten freiwillig noch weitere Bekenntnisse über Verbrechen ablegten, die man ihnen gar nicht zugetraut hatte. Solche Selbstanklagen mögen theils aus Resignation, theils aus dem Irrthume hervorgehen, daß ein bereits Abgestrafter keine neue Strafe, sondern nur einen Strafzusatz erhalten könne.

tigt hielt, das Schuldig auszuſprechen. Kaiſer war nämlich, ſowohl auf dem Hinwege nach dem Hauſe des Beſtohlenen, als auch auf dem Rückwege, und zwar diesmal mit einem Pack Effecten, deren Umſchlag mit der Beſchreibung des Damnificaten von einem entwendeten Kopfkiſſenüberzug übereinſtimmte, im Dorfe geſehen, und wenige Minuten ſpäter ſuchte er ſchon dieſen Pack an einen fremden Fuhrmann zu verkaufen, wurde darüber angehalten und ging ſofort in die Flucht, wurde aber mitten im Neckarſtrome, durch den er ſchwimmen wollte, von zwei kecken Burſchen angehalten und vor den Bürgermeiſter geführt. Hält man damit den ſchlechten Leumund und die vorausgegangenen Verurtheilungen wegen Diebſtahls zuſammen, ſo ſollte man meinen, der ſcrupulöſeſte Juriſt müßte darauf hin zur Verdammung beſtimmt ſeyn.

Die Unterſuchung wegen des an Margaretha Scheib begangenen Raubes führte zu dem Reſultate, daß Kaiſer, ſeines Läugnens ungeachtet, von jener auf abgelegten Eid als derſelbe erkannt wurde, der ſie durchſucht und ihr Geld weggenommen hatte. Eben ſo erkannten zwei Burſche aus Schriesheim den Kaiſer als denſelben an, der ſie beim Holzmachen, mit bärtigem [8]) geſchwärztem Geſichte und tief in die Augen gedrücktem Hute, grob angeredet habe, was ſie hier zu ſchaffen hätten, gleichſam als hätte er ihnen verweiſen wollen, daß ſie ſich in ſein Revier wagten. Ferner wurde ein gewiſſer Johann Kettler aus Leutershauſen beigefangen, den einige Zeugen ebenfalls in der Mitte verdächtiger Rotten geſehen haben wollten; es

8) Der Verfaſſer hoffte, ermitteln zu können, ob Kaiſer in Mörlenbach, wo er arretirt wurde, mit einem langen Barte geſehen worden ſey, und es gelang wirklich dem heſſiſchen Landgerichte Fürth, den Barbier ausfindig zu machen, welcher den Inquiſiten zweimal raſirt hatte; aber derſelbe wollte ſich nicht mehr erinnern, wie der Bart beſchaffen geweſen ſey.

war ihm aber nichts Näheres nachzuweiſen, als daß er mit Kaiſer ſeit längerer Zeit in Bekanntſchaft ſtehe [9]).

Nachdem dieſe letztere Unterſuchung faſt zu Ende gediehen war, ereignete ſich ein weiteres Verbrechen, welches Kaiſer beging, wiewohl er im ſtärkſten Verwahrſam und ſogar mit einer Kette belegt war. Es brach nämlich in der Nacht vom 30. November auf den 1. December 1836 gegen 12 Uhr im Heidelberger Stadtgefängniſſe Feuerlärm [10]) aus, und als der Gefängnißwärter in die oberen Räume hinaufeilte, fand er die beiden Thüren des Kaiſerſchen Gefängniſſes in hellen Flammen ſtehend. Die äußere Thüre lag noch in Schloß und Riegel; ſowie aber der Gefangenwärter dieſelbe geöffnet hatte, überzeugte er ſich, daß die innere Thüre offen ſtand und mit nächſtem in Kohle zuſammenzufallen drohte. Der Dampf und Giſcht war übrigens ſo arg, daß man in die Arreſtſtube nicht eintreten konnte. Es kamen noch mehr Leute zu Hülfe, und es gelang durch anhaltendes Aufgießen von Waſſer, die Heftigkeit der Flammen zu mildern, worauf ſich nun ergab, daß Johann Kaiſer nicht mehr in ſeinem Arreſte war.

Da der Gefangenwärter überzeugt war, daß der Inquiſit nicht während der letzten Minuten, wo Menſchen heraufgekommen waren, entſprungen ſey, indem beim

---

9) Dieſer Kettler ward übrigens doch zur Wohlthat für den ganzen Odenwald ausgehoben; denn es zeigte ſich, daß er ſeit mehreren Monaten ſich von dummen Bauern hatte füttern laſſen, unter dem Vorgeben, daß er ihre Kinder von Scabies heilen wollte. Er wurde daher auch wegen ärztlicher Pfuſcherei abgeſtraft. Es ſcheint, daß dieſer Menſch als Kundſchafter für die Räuberbande gedient hatte.

10) Es befindet ſich dieſes Gefängniß auf dem nach Mannheim führenden Thore, iſt alſo von dem bewohnteren Theile der Stadt *ſehr abgelegen*, wodurch die Gefahr für die Mitarreſtanten vergrößert wurde. — Heſſter, Lehrb. des Criminalrechts §. 377.

jedesmaligen Anklopfen die obere Gangthüre von dem Gefangenwärter ſelbſt geöffnet und, vorſichtigerweiſe unmittelbar hinter den Eintretenden, wieder geſchloſſen worden war: ſo mußte jener Menſch irgendwo im Hauſe verſteckt ſeyn. Es wurden noch während des Brandes alle Winkel ausgeſucht, und richtig der Vermißte im Abtritte, hinter der Thüre zuſammengekauert, gefunden [11]). So erſchöpft er war, mußte er doch augenblicklich in ſein Gefängniß zurückkehren und löſchen helfen. Der Gefangenwärter bewachte ihn die Nacht hindurch, und mit Anbruch des Morgens meldete er dem Beamten, was vorgefallen war. Dem Gefangenwärter wurde wegen dieſer Verſpätung der gebührende Verweis gegeben, und es begab ſich der Verfaſſer augenblicklich mit einem Actuar und zwei Urkundsperſonen in das 1/4 Stunde entfernt liegende Gefängniß, woſelbſt er den Johann Kaiſer in einer ganz muthloſen Stimmung antraf. Im Beiſeyn aller benannten Perſonen trat der Verfaſſer vor das Lager, und richtete einige gemeſſene Fragen an ihn. Es zeigte ſich zwar bald, daß ein eigentliches Verhör jetzt nicht Statt finden konnte [12]), weil der Inquiſit durch die nächtliche Anſtrengung des Feueranblaſens und das Dampfeinathmen ſtark angegriffen war. Er war übrigens durch den Morgenbeſuch des Verhörrichters zu ſehr überraſcht, als daß er ein Lügenſyſtem ſchnell hätte erſinnen können. Er gab in dieſer Lage folgende Antworten.

a) Auf die Frage: wie das Feuer im Gefängniſſe entſtanden ſey, ſprach er dumpf: „ich bin Schuld daran."

11) Wie es dem Inquiſiten gelang, hierhin zu kommen, ward niemals klar; denn der Gefangenwärter hatte ihm beim Oeffnen der Thüre, vor welcher er ſtehen blieb, durchaus nicht bemerkt. Die ſchwarzen Mahle an den Kleidern bewieſen übrigens, daß er mitten durchs Feuer gegangen war. Dieſe Feuerprobe ſchützte ihn aber nicht vor der Ueberweiſung.

12) Im Gefängniſſe ſelbſt würde daſſelbe ohnedies nicht vorgenommen worden ſeyn. Vergl. Stübel, Criminalverfahren §. 450.

b) Auf die Frage: welche Absicht er dabei gehabt habe, erwiederte er weinerlich: „es thut mir leid, daß ich es gethan habe."

Weiter wollte er sich jedoch nicht äußern.

Die hierauf vorgenommene Ortsbesichtigung [13]) lieferte das Ergebniß, daß die verheerenden Flammen ohne Zweifel in wenigen Minuten die Decke des Gefängnisses, worauf der Dachstuhl ruht, erreicht haben würden, und es wäre sodann ohne Zweifel das ganze Arresthaus, so solid es auch gebaut ist, in Asche gelegt worden. In den übrigen Gefängnißzellen befanden sich damals noch dreizehn Personen, deren Leben mithin durch die Brandlegung dringend bedroht war. Es zeigte sich auch, daß der erste Feuerlärm wirklich von den neben Kaiser sitzenden Arrestanten, welche durch den dicken Qualm aufgeweckt wurden, ausgegangen war: denn von Kaiser selbst hatte Niemand einen Hülferuf vernommen.

Mit großer Erwartung begann der Verfasser an demselben Nachmittage im Amthause das Specialverhör mit dem Verbrecher, und es war in der That als eine Merkwürdigkeit anzusehen, daß sich aus dieser verstockten Seele zum Erstenmal ein, wenn auch nur theilweises, Geständniß loswand [14]). Immerhin war es nämlich als ein solches anzusehen, daß Kaiser auf mehrere Instanzen nachstehende Erläuterungen gab:

„So will ich es denn sagen, daß ich eine Kohle in einen Winkel der Thüre gelegt habe, wodurch dieselbe in

13) Hier kam es besonders darauf an, den Zusammenhang der Gefängnißzellen und die Communicationswege nach Außen aufs Genaueste darzustellen. Je fester die Gefangenen verwahrt waren, desto mehr wuchs die Strafbarkeit des Brandstifters. — Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen §. 199.

14) Darin ist wieder ein Beispiel zu finden, wie viel durch rasches Einschreiten in Untersuchungsfällen gewonnen wird. S. Mein Handbuch §. 143.

Brand gerathen iſt. Ich nahm nämlich geſtern früh, als ich beim Auslüften der Stube auf den Vorplatz kam, einige Kohlen aus meinem Ofen mit ins Gefängniß und legte dieſelben innerhalb unter demſelben in Bereitſchaft [15]). Schon vor drei Wochen aber nahm ich mir ein Stückchen Kienholz von demſelben Platze in die Arreſtſtube, und dieſes Holz habe ich geſtern an dem Lämpchen, welches mir zum Abendeſſen gereicht wurde, angeſteckt, und brennend hinter der Thüre verborgen, bis der Gefangenwärter, welcher mich ein wenig allein gelaſſen hatte, mit dem Lichte wieder fortging. Alsdann ſteckte ich den brennenden Kien zwiſchen zwei Bretter der Thüre, ſchlief darüber ein, und ſah beim Erwachen, daß das Feuer ein Loch in der Thüre gebildet hatte, durch welches ich mit der Hand nach Außen kommen und den Riegel zurückziehen konnte. Die Kohle aber legte ich unten an die zweite Thüre, deren Schwelle beinahe zwei Finger breit abſtand, ſo daß die Kohle Zug hatte und bald den Thürpfoſten ergriff."

Auch wurde dem Inquiſiten vorgehalten, daß ſein Fenſter vom Gefangenwärter offen gefunden worden war, worauf er jedoch verſicherte, daß er nicht wiſſe, wie dies zugegangen ſey.

Die Thatſache der Brandlegung war nun zwar eingekannt, aber weiter konnte man den Inquiſiten weder in dieſem, noch in einigen andern Verhören bringen; namentlich wollte er ſich durchaus nicht über die gehabte Abſicht ausſprechen. Zuerſt verſuchte er es, glauben zu machen, er habe das Feuer nur deshalb angelegt, weil er die beſonders dunkle Nacht habe erleuchten wollen;

15) Solche Vorgänge ſind niederſchlagend für einen Beamten, der täglich den Gefangenwärtern Vorſicht einſchärft. Es iſt ausdrücklich verboten, daß die Gefangenen die Einfeuerung ſelbſt beſorgen, und dennoch ließ es hier der Gefangenwärter *aus Trägheit* geſchehen.

ſpäter aber erklärte er mit Entſchiedenheit, daß er ſelbſt nicht wiſſe, warum er es gethan habe.

Da der Anklagebeweis unter ſolchen Umſtänden ſich ſehr ungünſtig gegen den Inquiſiten geſtaltete, und der Inquirent doch nicht glauben konnte, daß das Motiv der That ein anderes geweſen ſey, als: eine Gelegenheit zur Flucht zu erhalten, ſo ſah er ſich im Intereſſe des Angeſchuldigten [16]), dem es, bei aller Tücke des Charakters, doch an der ſpraglichen Gewandtheit zur Vertheidigung fehlte, zu folgenden Fragen veranlaßt:

Fr. Warum habt Ihr die glühende Kohle an die Thüre gelegt?

Antw. Ich muß meine geſtrige Antwort, daß ich ſelbſt nicht weiß, warum ich es that, immer wiederholen.

Fr. Dies wäre die Antwort eines Kindes oder eines Blödſinnigen; von Euch kann man ſie aber nicht annehmen.

Antw. Ich kann nicht anders ſagen, als daß ich es nicht weiß.

Fr. In mehreren vorausgegangenen Handlungen, z. B. darin, daß Ihr ein Loch in die Thüre branntet, Kohlen in das Gefängniß truget, ſolche im Glimmen erhieltet, die Blechplatte von der innern Thüre losmachtet, und endlich auch die Kette von Euch ſchafftet, kann man nur die Vorbereitung zu der Brandſtiftung erkennen, die Ihr begangen habt.

Antw. Ich kann immer nur antworten, daß ich es nicht weiß, warum ich es gethan habe.

---

16) Ueber die Pflichten des Inquirenten in Bezug auf den Entſchuldigungsbeweis vergl. meinen Aufſatz in Demme's fortgeſetzten Annalen der Criminalrechtspflege Bd. III. S. 331. 332. 346. 347.

Fr. Man kann ſich nur dreierlei Gründe der Brandſtiftung denken, entweder daß Ihr die Selbſtbefreiung [17]), oder die Beſchädigung des Gefangenwärters und der Mitgefangenen [18]), oder einen muthwilligen Streich beabſichtigt habt.

Antw. Ich habe mich weder befreien, noch Jemand einen Poſſen ſpielen wollen. Ich weiß nicht, warum ich es gethan.

Fr. Könnt Ihr läugnen, daß das Feuer allein durch Eure Schuld entſtanden iſt? [19])

Antw. Das iſt wahr; aber warum ich es gethan habe, kann ich doch nicht ſagen.

Fr. Man muß Euch aufmerkſam machen, daß es vielleicht zu Eurem Entſchuldigungsbeweis gereichen könnte, wenn Ihr die wahre Abſicht angeben wolltet, die Euch bei der Brandlegung geleitet hat.

Antw. Ich weiß es eben nicht, und kann es deswegen auch nicht ſagen. Es iſt mir manchmal ſo zu Muth, daß ich gar nicht weiß, was ich thue [20]).

Fr. Ihr hättet durch dieſen Brand mehreren Bewohnern des Hauſes eine Erſtickung durch Dampf, oder Tod durch Feuer zuziehen können?

---

17) Die Abſicht, loszukommen, wurde, als die wahrſcheinlichſte, vorangeſtellt. S. mein Handbuch, §. 413.

18) Mit dem Gefangenwärter lebte Kaiſer immer im Unfrieden, und auf einen Mitgefangenen hatte er wegen eines Verraths einen entſchiedenen Haß.

19) Da Kaiſer beim Eintreten des Gefangenwärters nicht in ſeiner Zelle war, ſo konnte möglicherweiſe durch unbekannte dritte Hand das Feuer gelegt worden ſeyn.

20) Dies iſt ſehr begreiflich, da ein Menſch, der an beſtändiges Umherſchweifen im Freien gewöhnt iſt, in der dumpfen Gefängnißluft ſich nie wohl fühlen kann. Von Seelenſtörung war jedoch nach der Aeußerung des Gerichtsarztes keine Spur vorhanden.

Antw. Ich sage ja, daß ich gar nicht gewußt habe, was ich thue.

Fr. Hattet Ihr etwa eine Klage über die Behandlung im Arrest?

Antw. Das kann ich nicht sagen.

Fr. Wißt Ihr Euch zu erinnern, wo Ihr während des Brandes betroffen wurdet?

Antw. Ich wurde im Abtritte gefunden, wohin ich mich geflüchtet hatte, um aus dem argen Dampf zu kommen.

Fr. Ihr sollt Euern Wamms und Eure Kappe bei Euch gehabt und hinter der Abtrittsthüre Euch verborgen haben.

Antw. Wie dies kam, weiß ich selbst nicht, denn ich wurde zuletzt von der Angst befallen.

Fr. Man muß vermuthen, daß Ihr Euch mit Euern Kleidern dort verborgen habt, um wo möglich noch zu entkommen.

Antw. Das ist nicht so; ich weiß nicht, was ich that.

Fr. Habt Ihr in den vergangenen Nächten nicht von unten her rufen hören?

Antw. Ich habe Niemanden rufen hören.

Fr. Zwei Mitgefangene unter Eurer Arreststube haben gehört, wie in der Nacht vom 29sten auf den 30sten v. M. mehrere Namen, und unter andern auch der Eurige gerufen wurde [21]).

Antw. Ich habe Nichts gehört und wüßte auch nicht, wer mir rufen sollte. Ich habe keine Kameraden.

Fr. Es soll ferner gerufen worden seyn: „Bis Donnerstag um halb elf Uhr."

---

21) *Dies war das Resultat vielfacher Vernehmungen, die hier, als außer dem Zwecke liegend, nicht extrahirt werden konnten.*

Antw. Davon hab ich Nichts gehört.

Fr. Dies scheint abermals auf einen Befreiungsversuch hinzudeuten?

Antw. Ich habe nicht fort gewollt [22]).

Fr. Wenn Ihr keine schlagende Gegenbeweise bringen könnt, so kann die Anschuldigung der Brandstiftung nicht als beseitigt angesehen werden.

Antw. Ich muß noch einmal sagen, daß ich nicht weiß, warum ich es gethan habe.

Da Inquisit nicht dazu zu bringen war, irgend eine weitere Auskunft zu geben, so mußte er es lediglich sich selbst beimessen, daß von Seiten des Hofgerichtes zu Mannheim ein Urtheil am 17. Februar 1837 erfolgte, wonach er der Brandstiftung für schuldig erkannt, und nebst den Kosten zu einer Zuchthausstrafe von zwanzig Jahren verurtheilt wurde [23]). Die Gefahr für Menschenleben war hier offenbar größer, als vielleicht in hundert andern Brandfällen, indem die Mitbewohner des Gebäudes, mit Ausnahme des Gefangenwärters, sämmtlich eingesperrt waren, und mithin nur unter der Voraussetzung, daß ihnen baldigst Hülfe zu Theil würde, unversehrt davon kommen konnten. Aber auch darin möchte ein Erschwerungsgrund zu finden seyn, daß Kaiser möglicherweise den sämmtlichen Gefangenen, unter denen einige sehr wichtige waren, Gelegenheit zur Entweichung [24]) geben konnte.

---

22) Gerade dieser letztere Umstand scheint den Inquisiten abgehalten zu haben, die Absicht der Flucht zuzugestehen; denn er mochte wohl fürchten, daß der Zusammenhang mit Complicen, die ihm zur Freiheit helfen wollten, ein neues Indicium wegen angeschuldigter Theilnahme an einer Räuberbande abgeben könnte.

23) Wegen des angeschuldigten Raubes, begangen an Marg. Scheib, erfolgte eine Klagfreierklärung.

24) Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. III. S. 324. Hefter, Lehrb. des Criminalrechts §. 226.

Hingegen würde ein Strafmilderungsgrund unstreitig darin zu finden gewesen seyn, wenn der Inquisit etwa als einziges Motiv der That den Freiheitsdrang bezeichnet haben würde. Da er aber diese Präsumtion ausdrücklich ablehnte, so blieb nichts Anderes übrig, als den Thatbestand einer gemeinen Brandstiftung [25]) für hergestellt zu erachten, und auch das Großh. Oberhofgericht erklärte auf eingelegten Recurs unterm 17. Juli 1837 das hofgerichtliche Urtheil in allen Punkten für rechtsbeständig, und der Landesregent sprach die Bestätigung [26]) aus; wonach Kaiser in das Zuchthaus nach Mannheim abgeliefert wurde.

---

25) Feuerbach, Lehrb. des peinlichen Rechts §. 362. Selbst das Requisit des „Feuerlärms" welches Einige zum Thatbestand zählen, war dabei. Abegg, Lehrb. der Strafrechtswissenschaft S. 521.

26) Wäre nicht Kaiser überhaupt als ein höchst gefährlicher Mensch bekannt gewesen, so hätte er gewiß Gnade zu hoffen gehabt.

XIII.

Beiträge zur Lehre von Injurien.

Von

Herrn H. K. Hofmann II.

Advokaten in Darmstadt.

Zwei, fast gleichzeitig in meiner Praxis vorgekommene Injurienfälle, die für meine Clienten von hoher Wichtigkeit waren, veranlaßten mich zu sorgfältigem Studium aller mir zu Gebote stehenden, besonders neueren Hülfsmittel. Nirgends aber fand ich befriedigende Antwort auf einige Fragen, welche gerade die Eigenthümlichkeit jener Fälle mir für den Augenblick zu den wichtigsten machte. Dies forderte zu tieferem Eingehen auf, und eine Folge hiervon waren einige bescheidene Zweifel an mehreren Sätzen, welche zwar in der Theorie nicht gerade einstimmig anerkannt sind, in der Praxis aber doch im Allgemeinen für richtig gelten und befolgt werden. Nur diese Zweifel will ich darstellen und als solche zu rechtfertigen versuchen; das Verdienst gründlicher Lösung derselben überlasse ich gern gelehrteren Männern, und begnüge mich mit dem ganz kleinen, solche veranlaßt zu haben.

Nur den letzten meiner Zweifel hat die Praxis selbst hervorgerufen; da aber, was von wissenschaftlich gebildeteren Männern als Recht befolgt wird, ihnen für wissenschaftlich begründet gelten muß, so glaubte ich auch diesen hier anregen zu dürfen.

Diese Vorbemerkung schien mir nöthig, um die Mängel in der Form und dem Umfang der nachfolgenden Ausarbeitung zu entschuldigen. Daß ich blos partikularrechtliche oder blos rechtsphilosophische Arbeiten Anderer nicht berücksichtigt, wenigstens nicht angeführt und beleuchtet habe, das rechtfertigt sich wohl aus dem Vorstehenden von selbst!

I.

Gibt es wirklich keine relativ injuriösen Handlungen und Worte?

Diese Frage ist vorzüglich wichtig, wegen des Beweises der Absicht zu beleidigen. Weber (v. Inj. und Schmähungen 1r Th. S. 68 fgg.) beantwortet sie mit Nein, und seine Ansicht ist so ziemlich die herrschende geworden. Vor ihm unterschied man zwischen solchen Aeußerungen, welche schon an und für sich eine Ehrenkränkung enthalten, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Bei jenen wurde für die Absicht zu beleidigen vermuthet, bei diesen mußte sie bewiesen werden. Die ältere Literatur darüber ist a. a. O. angezeigt.

Mit Recht rügt Weber die Unbestimmtheit der Ausdrücke „an sich beleidigende" und „unter Umständen beleidigende" Aeußerungen. Mit Recht bemerkt er, daß bei allen Worten und Handlungen auf die sie begleitenden Umstände Rücksicht genommen werden muß. Mit Recht endlich beruft er sich darauf, daß eine an sich erlaubte Handlung unter keinerlei Umständen Ehrenrechte verletzen könnte, weil eben das Recht des Einen erst da anfangen kann, wo das des Andern aufhört.

Weber scheint jedoch hierbei übersehen zu haben, daß es auch Handlungen geben kann, welche an und für

ſich erlaubt ſind, verboten aber, wenn man ſie blos zur Kränkung eines Andern vornimmt, wo alſo dieſer keine vollkommenen Rechte, wohl aber jeder Andere durch das Geſetz anerkannte Pflichten hat.

So hat z. B. der Eigenthümer einer Sache, welche er von einem Dritten vindicirt, kein klagbares Recht auf die davon untrennbaren Verſchönerungen, gleichwohl verbietet das Geſetz dem dritten Beſitzer dieſe Verſchönerungen zu zerſtören, neque enim malitiis indulgendum est, ſagt fr. 38. D. de rei vind. 6. 1. [1])

Dieſen Grundſatz beſtätigen auch viele andere Stellen, z. B. fr. 26. D. de damm. infecto 39. 2, wo ausdrücklich bemerkt iſt, daß man wohl einen Vortheil auf Koſten des Andern ſich verſchaffen dürfe, nur nichts unternehmen, was ohne uns zu nützen, jenem blos ſchadet. In dieſem Sinne iſt der Grundſatz allerdings im römiſchen Recht enthalten, obgleich von Löhr (im Arch. f. die civ. Pr. XIV. 2. S. 175.) es zu leugnen ſcheint; man vergl. Bopp ib. XV. 3. S. 361.

Warum ſollte nun dieſer Satz nicht auch in Beziehung auf Ehre und Beleidigung gelten? Auch was ich zu thun und zu ſagen, vollkommen berechtigt bin, darf ich nicht thun und ſagen blos zur Kränkung der Ehre und Schmälerung des guten Namens des Andern. Die an und für ſich erlaubte Handlung wird durch ihren Zweck zur unerlaubten.

1) Anwendungen dieſes Satzes enthalten unter andern fr. 9. D. de serv. 8. 1. — Fr. 3. § 7. 14. Fr. 9 pr. Fr. 15. D. ad exhib. 10. 4. — Fr. 9. pr. D. loc. cond. 19. 2. — Fr. 38. D. de evict. 21. 2. Fr. 1. §. 12. Fr. 2. §. 5. 6. 9. D. de aqua et aquae pluv. arc. 39. 3. Fr. 3. pr. D. de op. publ. 50. 10. — c. 3. C. per quas. pers. 4. 27. — c. 8. §. C. de injur. 9. 35.; dieſe letzte Stelle jedoch nur, wenn man mit Weber a. a. O. I. 181. die Worte „fides veri" nicht auf den Beweis der Einrede der Wahrheit, ſondern auf die Wahrheit des non convicii consilio bezieht, womit auch Wächter (Lehrb. d. r. d. Str. R. §. 152. Nr. 81.) übereinſtimmt.

Damit ſtimmen wirklich die Geſetze vollkommen überein. Man vergleiche z. B. fr. 15. §. 32. 33. fr. 19. 20. und ganz vorzüglich fr. 44. D. de injur. 47. 10.

Einen Bürgen zur Zahlung auffordern, iſt gewiß kein Unrecht, am wenigſten gegen den Hauptſchuldner, auch wenn dieſer zu zahlen bereit iſt; deſſen ungeachtet ſetzt ſich der Gläubiger dadurch einer Injurienklage aus, wenn er es lediglich in der Abſicht gethan hat, dadurch den Credit des Hauptſchuldners zu ſchwächen.

Weniger auffallend iſt die Anwendung jenes Satzes, wo die beleidigende Handlung zwar nicht geradezu verboten, aber doch auch keine erlaubte war. Wer die ihm von A. verpfändete Sache, als von B. verpfändet, verſteigern läßt, hat dazu kein Recht, ihn kann alſo nur der Irrthum entſchuldigen, aber gerade daß ihn der Irrthum entſchuldigt, daß es auch bei ſolchen unerlaubten, jedoch nicht ausdrücklich verbotenen Handlungen, blos auf die Abſicht zu beleidigen ankommt, daß jede andere, auch eben ſo unrechtliche Abſicht die Injurienklage ausſchließt (wie z. B. bei Einklagung einer Nichtſchuld, weil hier Gewinnſucht der Zweck des Klagenden, und ſeine Verurtheilung in die Koſten angemeſſene Strafe iſt), das beweiſt wenigſtens ſoviel, daß der Umſtand, ob die einer Handlung zu Grunde liegende Abſicht auf Ehrenkränkung gerichtet ſey, für die Zuläſſigkeit des Genugthuungs-Anſpruches entſcheidend iſt.

Richtig iſt daher Weber's Regel: eine erlaubte Handlung kann nie Ehrenrechte verletzen. Aber man kommt damit in der Anwendung nicht ſehr weit; denn unerlaubt wird eine ſonſt erlaubte Handlung durch die Abſicht, dadurch die Ehre eines Andern zu verletzen. Dies erkennt Weber ſelbſt an, wenigſtens wüßte ich folgende Worte nicht anders zu deuten: „Wenn jemand, ohne irgend einen Grund zur äußeren Rechtfertigung ſeines (an ſich *erlaubten!*) Betragens vor ſich zu haben, blos zur Ehr-

cane eines Andern, und um ihn verächtlich zu behandeln, gewiſſe Dinge unternimmt, dies kann allerdings den Vorwurf der Injurie zur Folge haben." In den nämlichen Fehler ſcheint mir Grolman zu verfallen, welcher in ſeinem Lehrbuche (§. 215.) Weber's Theorie durchaus annimmt, in ſeiner berühmten Abhandlung dagegen (Magazin I. S. 44.) mehrere Beiſpiele anführt, welche er geradezu nach der entgegengeſetzten entſcheidet.

Kein Wunder, daß auch die Praxis von keinen feſten Grundſätzen ausgeht, ſondern nach der Beſchaffenheit des Falles bald ſo, bald anders erkennt, welche Inconſequenz denn als Willkühr und Unrecht erſcheint, obgleich ſie weder das eine, noch das andere iſt. Man vergleiche z. B. die beiden Fälle in Hitzig's Ann. XII. S. 3 fgg. und Demme und Klunge Ann. III. S. 180 fgg. Hier wird ein Recenſent freigeſprochen, obgleich er einen Schriftſteller wirklich ſo hart mitgenommen hatte, daß dieſer jedenfalls lächerlich geworden iſt; dort wird ein Braunſchweiger Student verurtheilt, weil er dem Regenten von Hannover (außerhalb Landes) zu Gehör gerufen hat: „es leben die Göttinger!" Sollte im letzten Falle nicht vielleicht die Politik der Juſtiz einen Streich geſpielt haben? Auf den erſten Blick ſcheint es ſo; bei näherer Beleuchtung wird man die Entſcheidung (wenn ſie auf eine Injurienklage erfolgt wäre) billigen müſſen. Denn während in den Vertheidigungsſchriften und Entſcheidungsgründen des erſten Falles ſehr einleuchtend dargethan iſt, daß auch der ſelbſtgewählte Beruf des Recenſenten den Tadel, ſogar in der Form des Spottes und Hohnes, gegen den Vorwurf abſichtlicher Beleidigung ſchütze, weil Spott und Hohn unter Umſtänden eine zweckmäßige Form für den Tadel ſeyn könne; — vermochte im andern Falle der Angeſchuldigte zu ſeiner Vertheidigung nichts vorzubringen, als die höchſt erbärmliche Ausflucht: er habe die Göttinger nicht wegen ihrer Empö-

rung, sondern wegen ihrer Unterwerfung leben lassen. Einen irgend vernünftigen Zweck für seinen Ausruf vermochte er nicht anzugeben, konnte also nur den gehabt haben, dem Herzog von Cambridge eine Kränkung zu bereiten, er würde mit gleichem Rechte verurtheilt worden seyn, wenn er einen Privatmann X, der etwa kurz zuvor von Studenten durchgeprügelt worden wäre, zugerufen hätte: es leben die Studenten! Muthwille, wodurch Andere gekränkt und öffentlich verhöhnt werden, steht der malitia vollkommen gleich!

Allzu enge scheint dagegen Mittermaier in der zwölften Auflage von Feuerbach's Lehrb. §. 275. den Kreis gezogen und mit Recht in der 13ten ihn erweitert zu haben; wenigstens wüßte ich nicht, wie unter den dort aufgestellten Begriff einer strafbaren Injurie der Fall des fr. 44. D. h. t. gebracht werden könnte. In einem tiefer liegenden Hause Rauch machen, um den Bewohner des höher gelegenen damit zu belästigen, das ist gewiß kein Angriff auf diesen, wodurch er in der bürgerlichen Gesellschaft seinen wahren Werth verlieren würde, höchstens kann darin ein Zeichen von Verachtung liegen, und dies ist der einzige Punkt, worin dieses, eben darum sehr wichtige Beispiel mit den übrigen im Tit. de inj. aufgeführten Fällen einer contumelia übereinstimmt!

Nur Tittmann, Handb. d. Str. R. W. §. 337. behält die alten Ausdrücke „an und für sich ehrenrührig oder nicht" bei, und stimmt gleichwohl in den Folgerungen mit demjenigen überein, was ich so eben zu begründen suchte. Wie er aber dazu komme? das vermochte ich aus den von ihm vorausgeschickten Erörterungen nicht zu ersehen. Denn er fordert (§. 329.) für den Thatbestand der Ehrverletzung (welche der Kläger immer zu *beweisen* schuldig ist)

1) *eine* Beleidigung der Ehre

2) durch eine Handlung (oder Aeußerung), und zwar
3) durch eine widerrechtliche.

Nun ist klar, daß der Begriff einer Handlung schon die Willensfreiheit, also die Absicht in sich schließt, und nach dem Eingang des §. 337. ist dies ohne allen Zweifel Tittmann's Ansicht gewesen. Die Widerrechtlichkeit wird jedoch (§. 333.) blos im Gegensatze definirt: Nicht beleidigend ist eine Handlung entweder an sich, oder weil der Handelnde (aus besonderen Gründen) dazu berechtigt war. Zu was man aber nun im Allgemeinen oder aus besonderen Gründen berechtigt sey? darüber wird kein Aufschluß gegeben, sondern eine Reihe von Beispielen, deren Entscheidung ich keineswegs unbedingt unterschreiben möchte. Dagegen wird an einer andern Stelle (§. 330.) gesagt: es brauche (für die Begründung der Injurienklage) eine Handlung nicht an sich beleidigend zu seyn, wenn sie nur in der Absicht geschehen sey, der Ehre des Andern zu nahe zu treten. Der für diesen Satz angeführte Grund: daß man auch dadurch seine Verachtung des Angegriffenen an den Tag lege — rechtfertigt sie jedoch offenbar nicht [2]).

Dies nur zur Rechtfertigung — vor manchem Richter wenigstens — daß ich noch zu zweifeln wagte, wo Tittmann gesprochen hatte!

Uebrigens verkenne ich nicht, daß die Gesetzgebungspolitik gegen die so eben als gesetzlich dargestellte Ansicht manches einzuwenden haben kann; so groß jedoch, wie Weber es schildert, möchte das Unglück nicht seyn, wenn man nur die Fingerzeige wahrnimmt, welche die einschlägigen Gesetzstellen selbst für die Anwendung ihres Inhalts geben. Denn

1) wird ohnehin bei jeder Injurienklage vorausgesetzt, daß die Handlung oder Aeußerung des Beklagten eine

2) Martin Lehrb. §. 168.

wirkliche Schmälerung vernünftiger Ehren-Ansprüche des Klägers zur Folge haben könne [3]). So wenig nämlich im Falle des fr. 38. cit. der Nichteigenthümer sich verantwortlich machen wird, wenn er ein ohnehin schon ganz unbrauchbares Wandgemälde vollends unkenntlich macht, um dem Eigenthümer den Spaß zu verderben, welchen ihm der Anblick des darauf vorgestellten lächerlichen Gegenstandes, auch im Zustande halber Zerstörung, gewährt haben würde, eben so wenig wird mit einer Injurienklage gehört werden, wer z. B. in vornehmer Gesellschaft von einem armen Verwandten „Herr Vetter" angeredet worden ist, auch wenn dies lediglich in der Absicht geschehen wäre, ihn zu necken und ihn in Verlegenheit zu setzen! Ist doch auch — um auf den oben angeführten Fall zurückzukommen — der Verfasser von „Italien wie es ist" mit seiner Injurienklage abgewiesen worden, obgleich er die Geißel der Ironie recht bitter und schwer hatte fühlen müssen!

2) Daß dem Kläger überhaupt der Beweis des Vorsatzes zu beleidigen obliegt, folgt ganz natürlich aus den von Weber (a. a. O.) entwickelten allgemeinen Grundsätzen [4]), da zum Klagegrund gehört, daß der Beklagte eine unbefugte Handlung begangen habe und hier das Unrecht hauptsächlich in der Absicht der Kränkung liegt.

Dieser Beweis wird sich freilich sehr oft nur durch Eideszuschiebung führen lassen, und es steht richtig, daß man sich auf diese Weise der Chicane vielfach bloßgestellt sieht. Dagegen gewährt jedoch der Gefährde-Eid und die Folgen des Prozeßverlustes einen keineswegs unkräftigen Schutz, und am Ende ist's ziemlich einerlei, ob mich ein muthwilliger Prozeßkrämer, der die Kosten nicht scheut,

3) Jarke in Hitzig's Zeitschr. XVII. S. 269.

4) Wächter a. a. O. §. 154. Nr. 88 c.

mit Injurienklagen verfolgt, oder mit andern. Er wird im Gegentheil andere vorziehen, wie der angeblich Beschimpfte immer in der öffentlichen Meinung verliert. Shakespeare's „nehmt's zu Protokoll, daß ich ein Esel sey", macht immer lächerlich, und wer gar mit einer Injurienklage abgewiesen wird, hat in der Regel zum Schaden auch den Spott.

3) Einen Trost gegen das Unheil, welches aus den oben entwickelten Sätzen entspringen könnte, würde ich ferner darin finden, wenn in Fällen, wo die Absicht zu beleidigen allein die Handlung strafbar macht, diese Absicht nicht blos die Haupt-Absicht des Handelnden, sondern die alleinige gewesen seyn müßte. Theorie und Praxis sind darüber nicht ganz im Reinen, und es führt dies zu meinem zweiten Zweifel.

Vorher nur noch die Bemerkung, daß die neueren Gesetzgebungen, soweit ich sie kennen lernen konnte, die bisher beleuchtete Frage schwerlich unpraktisch machen werden.

Das Preußische Landrecht, welches in dieser Beziehung in den angeführten Abhandlungen mitunter sehr gründlich erörtert ist, nähert sich dem römischen Recht am meisten, indem es (§. 538—540. 545.) für Beleidigung gelten läßt, was

1) in der Absicht geschieht, des Andern Ehre zu beeinträchtigen und
2) geeignet ist, unter gegebenen Umständen diesen Zweck zu erreichen.

Das Würtembergische Strafgesetzbuch erklärt (Art. 286. 288.) rechtswidriges Bezeigen von Verachtung für strafbar, und es soll nach dem ständischen Commissionsbericht zum Art. 266. dieser Ausdruck soviel bedeuten, daß der Begriff einer strafbaren Beleidigung nicht eintreffen soll, wenn der Urheber derselben durch sein besonderes

Verhältniß zu dem Beleidigten berechtigt ist, ihm so wie er gethan hat, zu begegnen. Was aber außer Fällen der Art rechtsgemäß oder rechtswidrig sey, ob namentlich eine an und für sich unverfängliche Handlung durch die Absicht, dadurch dem Andern Verachtung zu bezeigen, zur strafbaren Injurie werde? das bleibt unentschieden, doch möchte es nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes bejaht werden müssen. Daß das Würtembergische Strafgesetzbuch der Absicht zu beleidigen, als einer Bedingung für den Begriff der Beleidigung, nicht erwähnt, das hat seinen Grund in der im allgemeinen Theil aufgestellten Lehre von dolus, deren Beleuchtung hier zu weit führen würde.

Ihm folgt theilweise das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, indem es (Art. 198.) für den Thatbestand der Beleidigung eine darauf gerichtete Absicht nicht verlangt. Auch bei der als besonderer Art der Beleidigung bezeichneten Verbreitung nicht ehrenrühriger (falscher) Nachrichten über die persönlichen Verhältnisse Anderer wird nur die Absicht sie zu verbreiten vorausgesetzt, nicht aber die, den Andern an seiner Ehre zu beschädigen. Um so mehr fällt es auf, daß Hartitzsch (Erläut. zum Art. 198. Nr. 3.) culpose Injurien nicht gelten läßt, weil hier der animus injuriandi fehle. Die übrigen Commentatoren (Abegg, Günther, Vogel) lassen diesen Punkt unerörtert.

Dagegen zählt das Sächsische Strafgesetzbuch die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht unter die Erfordernisse der Injurie, sondern stellt in besonderen Artikeln die Verhältnisse dar, welche ausnahmsweise zu Handlungen berechtigen, welche außerdem die Ehre kränken würden.

Das Strafgesetzbuch für den Canton Zürich verlangt widerrechtliche Handlungen, ohne zu bestimmen: *was Recht* sey? und ob die böse Absicht Recht in Unrecht *verwandeln* könne?

Am bündigsten und zugleich am meisten übereinstimmend mit dem gemeinen Recht verlangt das Gesetzbuch für das Königreich Hannover für den Begriff einer strafbaren Ehrenkränkung den „rechtswidrigen Vorsatz" ꝛc. Ihm folgt der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen. Er sieht wesentlich blos auf die Absicht zu beleidigen. „Wer durch Thätlichkeit die Ehre eines Andern vorsätzlich angreift" und „wer außer dem Falle einer falschen Anzeige oder Verläumdung, durch mündliche oder schriftliche Aeußerungen ꝛc. einen Andern der Achtung seiner Mitbürger zu berauben, oder ihn ihrem Spotte preis zu geben sucht, oder ihn absichtlich auf eine herabwürdigende, höhnende, oder Verachtung ausdrückende Weise behandelt, oder ihn verächtlicher Gesinnungen bezüchtigt, soll ꝛc." Wenn es keinen Beifall verdienen dürfte, daß hier der bloße Versuch schon als vollendetes Verbrechen bezeichnet und somit diesem gleichgestellt ist, so scheint mir doch der Entwurf den Vorzug zu verdienen vor dem Vorschlag des ständischen Ausschusses, lautend: „wer einem Andern rechtswidrig (!) durch Rede ꝛc. Verachtung bezeugt, oder ihn verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen bezüchtigt, macht sich der Ehrenkränkung schuldig." Hier ist zwar jener Mißstand vermieden, dagegen aber durch Aufnahme der Eigenschaft der Rechtswidrigkeit unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Würtembergische Strafrecht in den Begriff der Ehrenkränkung die Sache in den Cirkel getrieben, aus welchem, wie oben gezeigt wurde, es schwer ist, einen Ausweg zu finden. Ueberdies scheint es nach dem letzten Theil dieser Bestimmung auch eine strafbare Ehrenkränkung zu seyn, wenn man jemanden unter vier Augen ein unwürdiges, verächtliches Betragen vorhält und ihm zeigt, zu welchem Schluß auf seine Gesinnung solches berechtigt. Der für die Abänderung angeführte Grund, daß man jemanden

Verachtung bezeugen könne, ohne strafbar zu seyn, „z. B. der Vater dem Sohn, der Lehrer dem Schüler", rechtfertigt wenigstens die vorgeschlagene Fassung nicht, welche zweifelhaft läßt: wo und wem ein Recht zustehe, Andere, und welche Andere, verächtlich zu behandeln!

Auch die üble Nachrede bedroht der Hessische Entwurf mit Strafe, wenn sie an und für sich nicht verpönt in ehrenkränkender Absicht Statt findet. (Art. 284.)

Der Entwurf zum Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, so wie die Commissionsbeschlüsse der 2ten Kammer lassen (§. 263.) die „Absicht zu beleidigen" aus dem Begriff der Injurie weg; wogegen der letztere die Widerrechtlichkeit der Handlung in denselben aufgenommen sehen will.

Das Oesterreichische, Französische und Braunschweigische Strafgesetzbuch läßt sich auf eine Bestimmung des Begriffes Injurie gar nicht ein.

II.

Ob bei an und für sich unerlaubten Handlungen die Ehrenkränkung die alleinige, oder die nächste, oder die Haupt-Absicht des Beklagten gewesen seyn müsse?

Darüber sind die angesehensten Rechtslehrer unter sich nicht einig.

Nach Feuerbach (Lehrb. ꝛc. §. 278.) genügt es, wenn die Ehrenkränkung die Hauptabsicht des Handelnden gewesen ist; nach Bauer Lehrb. der Str. R. W. §. 202. Nr. 6. gehört nicht einmal dies zur Begründung des an. injuriandi. Als Beispiel führen beide den Fall an, „wenn Einer den Andern verläumdet (also ihm ehrenrührige Handlungen oder Eigenschaften andichtet), um ihm das Fortkommen zu erschweren." Diese Note steht aber *in offenbarem* Widerspruch mit dem Text, wo zum bestimm-

ten Vorsatz sogar gefordert wird, daß (nach Bauer) der dolus „geradezu und blos auf die Ehrenkränkung gerichtet" sey. Beide Schriftsteller stimmen darin mit einander überein, daß die Absicht zu beleidigen auch darin liegen könne, wenn durch die in einer andern Hauptabsicht unternommene Handlung die Ehre des Andern gekränkt, also — wie Feuerbach sich ausdrückt — eine objectiv injuriöse Handlung vorgenommen wird.

Diese ganze Darstellnng ist für die Praxis durchaus unbrauchbar. Denn da es kein Gesetz gibt, welches sagte: die und die Handlung wird de jure so angesehen, als sey sie blos oder hauptsächlich in der Absicht zu beleidigen vorgenommen worden, da also der Vorsatz nie fingirt, sondern nur vermuthet wird, so kommt vor allen Dingen auf den Unterschied zwischen directem und indirectem (nach Bauer eventuellen) dolus ganz und gar nichts an. Die einzige, für die Entscheidung über Recht oder Unrecht wichtige Frage ist und bleibt vielmehr die:

> War der Beklagte — abgesehen von Ehrenrechten des Klägers — berechtigt, so zu handeln, wie er gethan hat? oder war er dies nicht?

War er zu seiner Handlung nicht berechtigt, so streitet die Vermuthung dafür, daß er ein Unrecht habe thun wollen, und zwar natürlich gerade dasjenige, welches er wirklich verübt hat. So ist wohl Roßhirt (Lehrb. d. Cr. R. §. 193. 1. in f.) zu verstehen! Ob er dabei eine weitere unerlaubte Absicht gehabt hat, oder nicht? darauf kann hier aus dem sehr einfachen Grunde nichts ankommen, weil er sich wegen des zugefügten Unrechts nicht mit der Absicht entschuldigen kann, daß ihm dies blos Mittel zur Verübung eines andern Unrechts gewesen sey. Z. B. es dringt jemand in mein Haus, um einen Andern zu prügeln. Hat er diesen Vorsatz ausgeführt, so hat er zwei Injurien *begangen, die eine gegen* den Geprügelten, die andere gegen

mich. Daß er bei dem Eindringen in mein Haus nicht die Abſicht gehabt habe, mich zu beleidigen, kann hier nichts entſcheiden; entſcheidend iſt, daß er die Abſicht hatte, in mein Haus einzudringen, ohne mich gefragt zu haben. Dies iſt eine Beeinträchtigung meines Hausrechtes, alſo ein Eingriff in meine Ehrenrechte und an und für ſich eine Injurie. Daß dem ſo ſey, ergibt ſich

1) daraus, daß, wenn der Eindringende bei ſeinem Eintritt, gegen die Abſicht, mich zu beleidigen, augenblicklich proteſtirt, ſeine That immerhin eine ſtrafbare Beleidigung bleibt. Die Beleidigung liegt in dem Eindringen ſelbſt; die Abſicht, in mein Haus zu dringen, iſt eine beleidigende und hört nicht auf es zu ſeyn, wenn das Eindringen ſelbſt nur Mittel iſt für einen andern unerlaubten Zweck.

2) Denn geſetzt den Fall, der Eindringende führt jenen Vorſatz (einen Andern zu prügeln) nicht aus, begeht alſo die Beleidigung nicht, welches der letzte Zweck ſeines Eindringens war: ſoll deſſen ungeachtet dieſes keine Ehrenverletzung gegen mich enthalten? da es doch unzweifelhaft eine ſolche enthalten würde, wenn es ganz ohne weiteren Zweck, aus Muthwillen, geſchehen wäre! Oder der letzte Zweck war gar nicht auf Thätlichkeit gegen die Perſon eines Andern gerichtet, ſondern gegen ſein Eigenthum, — ein Dieb dringt in mein Haus, um durch dieſes in das des Nachbars zu gelangen: iſt dann ſein Eindringen kein Eingriff in meine Ehrenrechte? Es fehlte die Abſicht, mich zu beleidigen, aber es fehlte nicht die Abſicht, eine Handlung zu begehen, die ich mir nicht gefallen zu laſſen brauche, und die mir doch — ſo unterſtelle ich — keinen andern Schaden gethan hat, hinſichtlich deren mir alſo nur eine Injurienklage übrig bleibt (ſ. Wächter §. 153. Nr. 85.).

Dies paßt vollkommen auch auf die von Feuerbach und Bauer angeführten Fälle eines indirecten dolus:

die Betaſtung eines Frauenzimmers, die Verläumdung, um das Fortkommen eines Andern zu erſchweren. In jenem Falle hat der Beleidiger gewöhnlich nicht die Abſicht zu beleidigen, ſondern die, ſich ein roh-ſinnliches Vergnügen zu verſchaffen; um dieſen Zweck zu erreichen, berührt er aber den Körper eines Andern ohne deſſen Erlaubniß und hat auch die Abſicht dies zu thun; dieſe letztere Abſicht iſt beleidigend, nicht die erſtere, wenigſtens hat man in der Regel die Abſicht zu beleidigen nicht, wenn man ein Frauenzimmer küßt, und doch ſetzt man ſich dadurch einer Injurienklage aus. Eben ſo bei der Verläumdung zu dem von Feuerbach angeführten Zweck! Das Recht darauf, daß mir kein unwahres Vergehen oder Laſter nachgeſagt werde, erkennen alle Rechtslehrer an. (Meine Zweifel daran — unten!) Die Abſicht, dieſes Recht zu verletzen, iſt hier der animus injuriandi; die weitere Abſicht: mir zu ſchaden, hebt weder ſeinen Thatbeſtand, noch ſeine Strafbarkeit auf, weil niemand ein Recht darauf hat, mir mein Fortkommen zu erſchweren, ſo wie keiner ein Recht darauf hat, ſeine Sinnlichkeit zu kitzeln durch Betaſtung Anderer.

Man kehre dieſe Fälle um: Ich verfolge einen Dieb, der ſich mit dem, was er mir geſtohlen hat, in ein anderes Haus flüchtet, oder ich entfliehe ſelbſt in ein fremdes Haus vor einer mir drohenden unbedeutenden Gefahr. Hier begehe ich gleichfalls abſichtlich eine die Ehrenrechte des Hauseigenthümers verletzende Handlung. Oder ich ſcherze mit einem Freund, dieſer ſucht mich zu haſchen; um ihm zu entgehen, ſchiebe ich einen Dritten, der mir in den Lauf kommt, ihm in den Weg. Dieſer Dritte kann ſich gewiß beſchweren, kann mich injuriarum belangen, weil ich ſeine Perſönlichkeit als ein Mittel für meine Beluſtigung *gebraucht habe.*

Nur scheinbar eine Ausnahme von diesen Sätzen ist es, daß die Flucht vor einer wirklichen und dringenden Gefahr den animus injuriandi ausschließt. Denn es versteht sich von selbst, daß er nicht vorhanden ist, wo überhaupt die Willensfreiheit fehlt, aber nicht blos, wo ich von physischer Gewalt bewegt werde — wenn mich jemand in ein fremdes Haus stößt — sondern auch wo eine, die Willensfreiheit und Zurechenbarkeit aufhebende gerechte Furcht (metus qui cadit in constantem virum) mich dazu treibt. Wer im Getümmel gegen ein Frauenzimmer gedrängt wird, wer von Mördern verfolgt sich in ihr Schlafgemach flüchtet, beleidigt sie nicht, weil er überhaupt nicht frei handelte, gar keinen Vorsatz hatte, als den: sich zu retten.

Diese Fälle ausgenommen, kommt auf den Zweck, für welchen eine Rechtsverletzung als Mittel dient, gar nichts an, er heiligt dies nie. Habe ich hierin Recht, so ist auch die Unterscheidung zwischen dolus directus oder indirectus s. eventualis ganz werthlos. Noch sehr glimpflich hat sie daher Martin (a. a. O. §. 171.) als von untergeordneter Wichtigkeit bezeichnet, während Hefster a. a. O. §. 302. sie ganz verwirft.

Fest steht immer: eine freie Handlung, die ohnehin mein Recht verletzt, und die nicht unter den Begriff eines andern Verbrechens fällt (denn in diesem Fall enthält die dafür angedrohte Strafe zugleich die Genugthuung für die Mißachtung meiner Rechtssphäre!), ist stets eine Injurie.

Sodann: für die Freiheit jeder Handlung wird vermuthet, also im vorausgesetzten Falle für die Absicht, das Recht (hier die Ehre) zu verletzen. Der Gegenbeweis steht frei.

Umgekehrt: Jede mir erlaubte Handlung darf ich *ausüben*, ich habe immer zunächst die Absicht, diese Hand-

lung, auf deren Unterlassung niemand ein Recht hat, vorzunehmen, und diese Absicht ist erlaubt, mag auch der Zweck, den ich damit erreichen will, noch so abscheulich seyn. Der Mörder wird für den Mord gestraft, aber nicht für die Schritte, die er gemacht hat, um auf den Schauplatz der That zu gelangen. Eben so kommt nichts auf die Folgen an, die eine erlaubte Handlung für Andere hat. Die Handlung selbst wird aber unerlaubt, wenn sie lediglich in der Absicht geschieht, dadurch den Andern verächtlich zu behandeln. Ein Beispiel! Briefe, die jemand erhält, sind sein Eigenthum, und er kann sie zu jedem beliebigen Gebrauche verwenden. Wer aber vor Zeugen damit die Pfeife anstecken wollte, um dadurch seine Verachtung gegen den Briefsteller an den Tag zu legen, würde diesem Genugthuung schuldig seyn. Den Beweis jedoch hätte der Kläger zu führen, und er würde nie für gelungen gelten können, so lange noch, nach Beschaffenheit des Falles, ein anderer erlaubter Zweck vernünftiger Weise denkbar bliebe.

Weber scheint in Bezug auf diesen Punkt mit sich selbst nicht einig. In der oben ausgehobenen Stelle verlangt er, daß die an sich erlaubte Handlung blos zur Chicane des Andern vorgenommen worden sey, während er (S. 38.) die Einklagung eines unbegründeten Anspruches nicht für beleidigend hält, weil die „Hauptabsicht" auf unrechtmäßige Bereicherung, nicht auf Ehrenkränkung gerichtet ist. Daraus würde folgen, daß, wenn in einem gegebenen Falle die Sache sich umgekehrt verhielte, der Kläger wirklich als Hauptabsicht die Ehrenkränkung des Andern, als Nebenabsicht den Gewinn im Auge hätte, eine Injurienklage zulässig seyn müßte! Der Fall ist sehr leicht denkbar: A. klagt gegen B. auf Bezahlung einer kleinen Schuld aus verbotenem Spiel. Er wird natürlich *abgewiesen, weil* er kein Klagrecht hatte, aber er kann

nicht auch injuriarum belangt werden, weil er zugleich einen andern Zweck hatte. Vorausgesetzt, daß der Beklagte nur wirklich das verbotene Spiel getrieben hat, denn sonst würde die Klage eine öffentliche Verläumdung enthalten und deswegen mit Recht gestraft werden.

Tittmann (Hdb. II. §. 337.) stimmt mit dem so eben Ausgeführten, in der Grundlage wenigstens, vollkommen überein, indem er nur die an sich die Ehre beeinträchtigende Handlung für Beleidigung erklärt, sofern sie „in dem Plane des Handelnden lag", ganz ohne Rücksicht darauf, ob sie dessen letzter Zweck oder nur ein Mittel dafür war!

Daß dies wirklich Tittmann's Ansicht sey, geht auch daraus hervor, daß er im §. 330. den Satz aufstellt: die Handlung oder Aeußerung müsse nicht gerade an sich beleidigend, sondern nur in der Absicht, der Ehre des Andern zu nahe zu treten, geschehen seyn — und erläutert dies (in der Note a.) durch Beispiele von an und für sich erlaubten Handlungen, welche nur durch die damit beabsichtigte Ehrenkränkung strafbar werden, wobei jedoch die Einschränkung nicht fehlen sollte, daß Aeußerungen, wie die Note sie beschreibt, wenigstens möglicher Weise eine Verachtung ausdrücken, oder dem guten Rufe schaden müssen; denn wenn jemand in der Absicht einen Andern zu kränken, ihn einen Banquier nennt, in der Meinung, dies Wort bedeute soviel wie Banqueroutier, so hat er was er sagen wollte nicht gesagt, und kann also wegen des nicht vollführten Vorsatzes nicht gestraft werden, wegen des wirklich gesagten aber auch nicht, weil dies wirklich nichts der Ehre des Klägers Nachtheiliges war.

Damit stimmt auch Abegg, Lehrb. der Strafrechtswissenschaft §. 296. überein, und Kettenacker (das Verbr. der Ehrverletzung §. 2.), welcher meines Erachtens nicht mit Unrecht jenen tadelt, daß er die Absicht, welche auf eine blos

möglicher Weise ehrverletzende Handlung gerichtet ist, für einen strafbaren animus injuriandi erklärt. Denn wenn jene Handlung von der Art war, daß sie die Ehrenrechte eines Andern verletzte (nicht blos ihn beleidigte!), so ist die auf ihre Vollbringung gerichtete Absicht der vollständige animus injuriandi; war die Handlung andrer Art, also — dem Gekränkten gegenüber erlaubt — so wird die Absicht zu beleidigen nicht vermuthet!

Uebrigens spricht auch die Analogie der oben (I.) gegen die malitia überhaupt angeführten Gesetze für diese Ansicht. Denn die Regel ist: daß wir nicht thun dürfen, was uns nichts nützt, dem Andern aber zum Nachtheil gereicht. Aufzuopfern dagegen brauchen wir nicht das Geringste zum Vortheil des Andern, also auch nicht die unbedeutendste Handlung zu unterlassen, die uns nützen kann, wenn auch dieser Nutzen noch so gering ist. So sagt das angeführte fr. 9. D. de serv. 8. 1. ausdrücklich: Nur dann dürfe der Herr des berechtigten Gutes seinen Weg nicht mitten durch die Weinberge des Dienenden nehmen, wenn er ihn „*aeque* commode" in einer andern Richtung haben könne. Ebenso nehmen die oben weiter angeführten Stellen aus 39. 3. gar keine Rücksicht auf die Größe des Nutzens, weder an und für sich, noch in Verhältniß zum Schaden des Gegners, sondern nur auf das Daseyn des Ersteren.

Dies auf Beleidigungen angewendet: wird, wer aus einer an sich erlaubten Handlung des Andern wegen Ehrenkränkung klagt, immer beweisen müssen, daß der Beklagte **gar keinen andern Zweck** dabei gehabt habe, als den: ihn zu kränken.

Theorie und Praxis lassen die Einrede des Scherzes zu — und doch ist die Absicht, seinen Witz zu zeigen, *oder sich zu belustigen*, neben der Ehre und dem guten

Namen des Andern, etwas so unendlich Kleines, daß wer jene Einrede als Entschuldigung gelten läßt, unmöglich zugeben kann, daß an und für sich erlaubte Handlungen durch die Absicht zu kränken beleidigend werden könnten, wenn dies nicht die einzige war. Ein Frauenzimmer drückt ihrem Tänzer zärtlich die Hand, dieser schreit überlaut „au!" Kränkend war dies, aber gewiß keine strafbare Injurie! Ganz richtig ist dagegen gewiß die in den Annalen der Cr.-Rechtspfl. III. S. 329 fgg. abgedruckte Entscheidung des Spruch-Collegiums zu Heidelberg in der Injurienſache des Pfarrer Friedrich zu Frankfurt gegen Dr. Carove daselbst. Nur hätte es meines Erachtens der etwas weit hergeholten Bezugnahme auf Gutzkow's Schriften nicht bedurft, da nach unseren Sitten es gegen die Achtung verstößt, welche man auch dem Geringsten im Volke schuldig ist, wenn man ihn mit einem von körperlichen Eigenschaften entlehnten Beiwort bezeichnet. Es schickt sich z. B. nicht, jemanden anzureden: Sie Kahlkopf; oder: Sie Großer!

Am wenigsten aber kann ich der Ansicht Martin's §. 168. beipflichten: daß der an. injuriandi die Injurie von andern Verbrechen unterscheide, daß also jede an sich verbotene Handlung zur Injurie werde, wenn sie (an sich der Ehre nachtheilig) in der Absicht ausgeübt wird, dadurch dem Andern verächtlich zu begegnen, oder seinen guten Namen zu schmälern. Die von ihm dafür angeführten Gesetzstellen sagen dies nicht. Denn fr. 34. pr. D. de O. et A. 44. 7. zeigt ja gerade, daß die in beleidigender Absicht geschehene Mißhandlung eines Sclaven nicht bloße Injurie, sondern auch als Schadensstiftung klagbar und strafbar ist, und fr. 15. §. 13. D. h. t. beweist umgekehrt, daß eine objectiv beleidigende Handlung (das ist doch gewiß die Andichtung eines Verbrechens!) nicht als Injurie *gestraft werden* könne, weil sie in dem Falle, den das

Gesetz unterstellt, ein andres Verbrechen enthält und als solches gestraft wird. Daß der Wahrsager, der einen Andern fälschlich des Diebstahls beschuldigt, blos in der Absicht, diesen dadurch zu beschimpfen, nun nicht wegen seiner verbotenen Künste gestraft werden könne, das sagt jene Stelle nicht. Sie sagt eben so wenig, daß in dem ihr unterliegenden Falle der animus injuriandi gefehlt habe, sondern sie übergeht diesen Punkt ganz mit Stillschweigen — weil in der That nichts darauf ankommt. Denn wer wissentlich (also nicht z. B. im Traume oder im Rausche oder aus Unkenntniß der Sprache) dem Andern ein Verbrechen nachsagt, ohne anzugeben, welche Gewähr er für seine Aussage hat, der will ja etwas unmittelbar die Ehre Kränkendes thun, hat also immer die Absicht zu beleidigen, weil die Beleidigung in der Aeußerung selbst liegt. Gleichwohl wird der Wahrsager nur als Wahrsager gestraft, und darin liegt zugleich die Strafe für alle Privat-Injurien, die er durch üble Nachrede, Andichtungen, den Versuch in Geheimnisse einzudringen u. s. w. begangen haben könnte. Doch kann auch der Entscheidungsgrund der angeführten Gesetzstelle in dem andern Umstande liegen, daß der Wahrsager, welcher als Quelle seiner Verläumdung seine Kunst angibt, nicht die Wahrheit der Andichtung behauptet. Wer da sagt: A. hat erzählt, B. habe gestohlen, verläumdet nicht, wenn A. es wirklich gesagt hat. Ist A. gar als ein Lügner bekannt, so hat das Nachsagen seiner Behauptung noch weniger auf sich. Sagte aber jemand nur: es habe ihm geträumt, daß B. gestohlen habe, so hat er ihn offenbar noch weniger verläumdet, und mehr thut er auch nicht, wenn er sagt: ich hab' es in den Sternen oder im Kaffeesatz gelesen. Damit scheint auch Mittermaier a. a. O. Nr. 1. zu §. 290. S. 261. übereinzustimmen.

Wie unschuldig aber dergleichen Handlungen seyn mögen, so können sie doch zu sträflichen Injurien werden, wenn sie blos in der Absicht, den Andern zu kränken oder zu verdächtigen, verübt werden. Es erzählt z. B. A. in Gesellschaft von abergläubischen Leuten, daß ein berühmter Kartenschläger ihm gesagt habe, B. habe gestohlen, so kann dadurch des B. Ehre in jenem Kreise allerdings leiden, und ihm ein Anspruch auf Genugthuung begründet seyn, wenn er zu behaupten und zu beweisen vermag, daß A. keine andre Absicht als diese gehabt, also namentlich nicht selbst an die Wahrsagung geglaubt hat, denn in diesem Falle hätte er die Absicht gehabt, seinen Glauben auszusprechen, was Jedem frei stehen muß. Im andern Falle würde B. mit der Injurienklage gegen A. durchdringen und gewiß auch gegen den Wahrsager selbst, wenn dieser seine Visionen in ehrenrühriger Absicht unter die Leute bringt; denn nun fügt er der ersten, in der Wahrsagerei mitbestraften Injurie eine zweite hinzu, von deren Strafe ihn die angeführte Gesetzstelle gewiß nicht freisprechen sollte.

(Der Beschluß im nächsten Stücke.)

XIV.

Ueber Injurien unter Ehegatten.

Von

Abegg.

In den Schriften über die strafrechtliche Behandlung der Injurien wird meist des Falles, wo solche unter, Eheleuten Statt finden, gar nicht gedacht, außer etwa in sofern dieselben einen Grund zur Trennung des Verhältnisses abgeben. Ohne Zweifel ist, von diesem Falle abgesehen, wo in der Regel auch nicht eine besondre Strafe beantragt, sondern nur überhaupt dadurch ein Mißverhältniß bewiesen wird, welches die Fortdauer der Ehe oder des ehelichen Zusammenlebens nicht mehr als wünschenswerth und zulässig erscheinen läßt — das praktische Bedürfniß selten, und sollte gar nicht vorkommen. So ist es erklärlich, wenn diesem Gegenstande kaum die Aufmerksamkeit zugewendet wird. Es wäre erfreulich, wenn die Seltenheit der Fälle die einzige Erklärung für jene Nichtberücksichtigung darböte: dem ist aber leider nicht so; es kommen der Erfahrung nach, zumal bei Personen der ungebildeten Klassen, dergleichen Handlungen und Benehmensweisen häufig genug vor, die den Charakter der Injurien an sich tragen, die nur nicht als solche aufgenommen und öffentlich zu rügen gesucht werden, weil dieselbe Gesinnung der Gemeinheit, bei welcher jene möglich sind, auch ein Hinderniß ist, ein feines und zartes Ehrgefühl

zu hegen. Unbedingt läßt ſich dieſes freilich nicht aufſtellen; es gilt zunächſt nur für ein gegenſeitiges Benehmen jener Art, und für Fälle, wo, wenn auch nur ein Theil der Beleidiger iſt, doch der andere nicht ohne Schuld erſcheint, durch ſein Verhalten jenes Mißverhältniß mit veranlaßt zu haben. Es kann aber auch die Sache anders vorkommen. Es wäre möglich, daß unter Ehegatten eine ſolche Verſchiedenheit der durch Stand, Erziehung oder überhaupt durch die Individualität bedingter Bildung und der damit zuſammenhängenden Geſinnung und Benehmensweiſe Statt fände, wenn der Rohheit und Gemeinheit oder der Bösartigkeit des einen Theils die Zartheit des Gefühls, das edle Selbſtbewußtſeyn des andern gegenüber ſtänden, welche — wo die Nachgiebigkeit und Duldung ihre Grenze hat — bei erlittener Unbill dieſe ſich zu Gemüthe zieht (ad animum revocat) und nicht jener Denkart unterliegt, die ſo eben als ein Hinderniß angeführt worden iſt, eine Ehrenkränkung als ſolche zu empfinden. Mögen unter Perſonen der Stände, welche in ſolcher Hinſicht wenig empfindlich ſind, welche eben ſo ſchnell das Verhältniß, das ſie verbindet, auf die erwähnte Weiſe verletzen, als ſie es wieder ausgleichen, jene, auch in beleidigenden Aeußerungen ſich bekundenden, nur vorübergehenden Mißhelligkeiten, von der Geſetzgebung ſo viel es geſchehen kann unbeachtet bleiben, und wie billig, um der Ehre willen, diejenigen Störungen in die engſten Grenzen gebannt werden, die auf den Weg des Rechts und Gerichts d. h. durch Klage verfolgt werden, und welche gewiß häufig nur als ein neues, zu dem frühern hinzutretendes Uebel betrachtet werden müſſen. Für die Fälle der andern Art, deren Daſeyn leider durch die Erfahrung nicht widerlegt wird, kann dies nur zum Theil gelten. Wenn aber hier ein ſolches Ignoriren nicht überall *ſich rechtfertigt*, wenn die Sache rechtliche Berückſichtigung

fordert, so tritt unleugbar eine Verlegenheit ein, deren Größe im Verhältnisse steht zu dem Unheil, welches sie veranlaßt. Soll Alles unbeachtet bleiben, was nicht etwa als Ehescheidungsgrund geltend gemacht werden kann? Ist man doch jetzt so ziemlich darüber einverstanden, daß die Trennung der Ehe, die an vielen Orten zu sehr erleichtert wird, keine Begünstigung verdiene und nur auf die dringendste Nothwendigkeit beschränkt werden müsse. Sollen auch ohne jene Voraussetzung, und also bei der Bestimmung der Fortdauer der Ehe, Schritte vor Gericht gutgeheißen werden, welche mit der Würde der Ehe, mit der Heiligkeit des Verhältnisses im Widerspruch stehen, welche mit den Grundsätzen, deren Anerkennung von Seite der unmittelbar Betheiligten und des Staates und seiner Gerichte gefordert werden muß, unverträglich erscheinen? Sollen im Gegentheil diese — wenn auch durch traurige Nothwendigkeit veranlaßt — gänzlich ausgeschlossen und damit feiner fühlende Personen der Rohheit auf eine empfindliche Weise schutzlos Preis gegeben werden, so lange nicht das äußerste Extrem eintritt? Die demüthige Ergebung, die Duldung, hat ihre Grenzen, — die religiöse Gesinnung kann Pflichten auferlegen, die das Recht nicht zu fordern befugt ist; und es entsteht die Frage: wann und wie weit dessen Hülfe in Anspruch genommen werden dürfe, wo andere Ausgleichungsmittel fehlen oder vergebens versucht worden sind.

Durch die hierüber entstandene Streitfrage, wie die Sache insbesondere nach dem jetzigen Preußischen Rechte zu betrachten sey, bin ich veranlaßt worden, dieselbe genauer zu prüfen. Wenn die Erörterung des Preußischen Rechts, die ich deshalb nur in der Kürze mitzutheilen gedenke, nicht so allgemeines Interesse zu gewähren vermag, so darf vielleicht der Versuch einer geschichtlichen Darstellung der Lehre und dann der Würdigung vom legis-

lativ-politischen Standpunkte aus auf die Theilnahme der Leser einigen Anspruch machen [1]).

Wir beginnen mit dem ältern Römischen Rechte.

Der Ausgangspunkt für die Betrachtung des Gegenstandes, der uns beschäftigt, bietet nothwendig die Form und die Bedeutung der Ehe. Der Unterschied der strengen Ehe mit der Wirkung der in manum conventio der Frau, und der freien, jedoch stets römischen Ehe, wird sich auch hier praktisch erzeigen. Doch darf man annehmen, daß hinsichtlich der Grundlage der Ehe und der Auffassung des ehelichen Lebens, der Stellung der Ehegatten zu einander, für beide Arten gemeinschaftlich die römische Ansicht und die Sitte, die sich in dieser aussprach, sich geltend gemacht habe. Jener Unterschied berührt mehr die äußerliche und juristische Seite des Verhältnisses, und die Art und Weise, wie gewisse praktische Folgen herbeigeführt werden; für den Inhalt und das Wesentliche der Verbindung war er ohne Zweifel minder erheblich, und die schroffen strengrechtlichen Bestimmungen fanden ihre Milderung an der Gesinnung, der Pietät, der Zucht. Es gilt hier dasselbe wie bei der väterlichen Gewalt, und den

1) Es ist weder in dem Plane des ältern, noch des neuern Archivs des Criminalrechts, nach den seit 1834 beliebten Veränderungen, ausgesprochen, daß bei dem Bestreben der Herausgeber, allgemein Interessirendes zu geben, die Rücksicht auf Landes- und Particular-Rechte ausgeschlossen seyn solle. Wenn mit Grund das s. g. gemeine Recht den Mittelpunkt macht, so darf und muß doch darüber, um den Bedürfnissen und Forderungen der Zeit zu entsprechen, hinausgegangen werden. Dies um so mehr, als nothwendig auch die neuen und neuesten Landesgesetzgebungen auf gemeinrechtlichen und ferner auf gemeinsamen, durch äußere und innere Uebereinstimmung der Gedanken bestimmten Grundlagen beruhen, wie ich denn schon früher bemerkt habe, daß wir mit den neueren deutschen Gesetzgebungen ein neues gemeines Strafrecht (jus commune) erhalten und bearbeiten müßten. So hat auch unser Archiv stets diesen Gesichtspunkt festgehalten und den neuesten Erscheinungen der Gesetzgebung in einzelnen Ländern die gebührende Aufmerksamkeit gewidmet.

aus derſelben hervorgehenden rechtlichen Befugniſſen. Wie ſehr auch das dem Vater zuſtehende jus vitae et necis unſerm ſittlichen und rechtlichen Gefühle widerſpricht, und auch von den Römern in ſpäteren Perioden als unſtatthaft erkannt, erſt beſchränkt, dann ganz aufgehoben wurde [2]) — wobei der Einfluß des Chriſtenthums nicht geleugnet werden kann, — ſo hat man ſich doch das Verhältniß zwiſchen Vater und Kindern auch im älteſten Rechte nicht ſo zu denken, als wäre jenes gleichſam wie eine beſtändige Drohung im Hintergrunde ſchwebende Recht überall das vorherſchende und weſentlichſte geweſen, und ſey für die Liebe und deren Macht, für die Gefühle, welche rein menſchliche, unmittelbar natürliche ſind, kein Raum geblieben. Vielmehr waren es dieſe, die das wahrhafte Maaß gaben, und die ſelbſt dann ſich nicht verleugneten, wenn die Veranlaſſung eintrat, jene Gewaltbefugniſſe hervortreten zu laſſen. Man würde dieſes annehmen dürfen, auch wenn es nicht durch beſtimmte Zeugniſſe unterſtützt würde, deren Gewicht nicht dadurch vermindert wird, daß ihnen andre entgegengeſetzt werden können, welche bekunden, bis zu welchem Extrem der Härte die Macht getrieben werden und wie dieſes ſelbſt der Fall ſeyn konnte, ohne daß eine Colliſion der väterlichen Liebe und der Römer- und Bürger-Pflichten eintrat, die aber, wo ſie Statt fand, nach der unerſchütterlichen Anſicht nicht anders als durch Hintanſetzung der erſten gelöſet zu werden vermochte.

Doch kehren wir zur Betrachtung der Ehe zurück. Bei der Ehe mit der Wirkung der manum conventio (alſo durch confarreatio usus, coëmtio) trat die Gat-

2) Meine *Comm. de antiquissimo Romanorum jure criminali* §. 33 — 40. und beſonders Not. 16. Meine Unterſuchungen ꝛc. S. 200. Zimmern Geſchichte des römiſchen Privatrechts I. Bd. 2. Abth. §. 140. 179 fg. Mein Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 242.

tin zu dem Mann in das Verhältniß einer Haustochter, sie war filiae loco [3]), oder wenn der Mann selbst noch in der potestas seines Vaters stand, so war sie diesem letztern neptis loco [4]). Wenn dieses engste Verhältniß, eben so wie das zwischen Vater und Sohn, alle gerichtliche Klagen des einen Theils wider den andern ausschloß, so konnte dagegen Unbill und Frevel der Frau gegen den Mann von diesem selbst, zufolge seiner hausrichterlichen Gewalt, gerügt werden [5]); bei leichtern, zu denen eben die Fälle gehören, von denen wir sprechen, durfte er allein, bei schwerern, die zugleich zur Verstoßung berechtigten, nur mit Zuziehung des Familienrathes verfahren; auch mochte bei Trennung der Ehe das judicium de moribus [6]) Aushülfe gewähren. Bei der Ehe ohne manus wurden geringere Beleidigungen wohl ausgeglichen, oder ohne Form gerügt; für schwerere, die zur Trennung der Ehe berechtigten, mußte die Ahndung entweder dem Vater der Frau, der die Gewalt über dieselbe hatte, überlassen werden, oder, wenn solches Gewaltverhältniß nicht Statt fand, den Cognaten derselben [7]).

Einigermaßen abweichend ist das Verhältniß, wenn der Mann der Ehre der Frau zu nahe getreten seyn sollte, nicht hinsichtlich des Verfahrens, — denn dieses ver-

3) Gaji Inst. Comm. I. §. 111. 114 sq. 136. II. §. 139.

4) Gaji Inst. Comm. II. §. 159. III. §. 3. Ulp. fr. XXII. 14. wenigstens in sofern bei Gelegenheit der Vermögensabzüge ꝛc. als Grund das tadelnswerthe Benehmen zur Sprache kam.

5) Meine Diss. *de antiquissimo Romanorum jure criminali* §. 30 sq.

6) Ulp. Fr. Tit. IV. §. 9. 12. 13. Vgl. *Vat. Fragm.* §. 115. und Mühlenbruch ad Antt. Heinecc. 1841. p. 409. Not. *f.*

7) Walther Geschichte des Röm. R. Bonn 1840. S. 545. und die daselbst Not. 108. angef. Livius XXXIX. 18. mit *Plin. hist. natur.* XIV. 14. Tacit. *Annal.* II. 50. XIII. 32. Sueton. Tiber. 35. Meine angef. Diss. l. c.

steht sich von selbst, bei der Verschiedenheit der rechtlichen Stellung, welche in beiden Formen der Ehe, der strengen wie der freiern, der eine und der andere Ehegatte einnimmt, — sondern in Betreff der Fälle, welche überhaupt zu einer Beschwerde Anlaß geben konnten. Ohne Zweifel war hier das Recht des Mannes umfassender, das Gebiet seiner Pflichten beschränkter, und es mochte, wie in andern Fällen z. B. der eigentlichen Verletzung der Ehe, von der Frau mehr gefordert, ihr selbst aber weniger zugestanden werden, — was erst weit später bei der völligen rechtlichen Gleichstellung beider Theile eine Aenderung erfahren hat, worüber die Geschichte der strafrechtlichen Behandlung des Ehebruches zu vergleichen ist. Die Frau fand gegen Unbill geringerer Art schwerlich rechtlichen Schutz; bei gröbern Mißhandlungen stand auch ihr frei, das eheliche Verhältniß aufzulösen [8]), sogar die streng civile Ehe, wo sie in manu mariti war, legte ihr kein Hinderniß in den Weg; sie konnte dem Mann aufkündigen (repudium mittere) und dann mit Erfolg die Aufhebung der manus verlangen [9]); vollends war bei der freien Ehe der Willkühr unbedingt Raum gelassen. Nur muß für die strenge Ehe, so fern sie in der Form der confarreatio eingegangen war, die Beschränkung in Erinnerung gebracht werden, daß, so wie diese Ehe an sich die Bestimmung hatte, unauflöslich zu seyn — wogegen freilich später durch die diffarreatio [10]) verfahren wurde — so insbesondere die Frau nicht im Stande war die Scheidung zu bewirken. Das das Unrecht des Mannes, der seine Gattin ohne hinreichenden Grund verstieß, eine sittliche Mißbilligung erfuhr, welche die Censoren als Organ

8) Cic. *ad famil.* VIII. 7., *pro Cluentio* 5. Seneca de *beneficiis* III. Plaut. *Amphitr.* III. 2. v. 47.

9) *Gaji Comm.* I. §. 137. 10) Festus sub h. v.

der öffentlichen Meinung aussprachen [11]), mochte, in sofern darin selbst eine Beleidigung enthalten seyn konnte, nur als ein schwacher Schutz betrachtet werden. Denn gegen Ende der Republik trat hier eine ungemeine Willkühr ein, die erst weit später unter den christlichen Kaisern seit Constantin beschränkt wird, indem die Scheidung an bestimmte Formen gebunden, und von gewissen Gründen abhängig gemacht wurde, widrigenfalls Strafen eintraten [12]). Wichtiger war aber, daß die Censoren, die überhaupt mehr den sittlichen, als den blos rechtlichen Gesichtspunkt bei der Zuerkennung ihrer Rügen festhielten und dabei keinerlei gesetzliche Beschränkungen zu berücksichtigen hatten, auch das häusliche Leben der Bürger zum Gegenstande ihrer Würdigung machen durften. Nicht nur die Verletzung häuslicher Sitten und solche Handlungen wurden geahndet, welche mehr oder minder auch zur Störung des häuslichen Friedens führen mußten [13]), sondern es wurde namentlich rohes und grausames Benehmen des Mannes gegen die Frau, wie gegen Kinder und Sclaven, der Censur unterworfen [14]).

Man darf also wohl annehmen, daß die Sitte, die auch äußerlich geltend gemacht wurde, theils ihren mildernden Einfluß geübt habe, theils diejenige Mißbilligung und Rügen bei ausnahmsweise vorkommenden Fällen veranlaßt habe, deren die Frau, und so weit sie dieselbe zu ihrer Genugthuung bedurfte. Kam es zum Ausstoßen,

11) Valer. Max. II. 1. 4. II. 9. 2. Gellius IV. 3. XVII. 21. Jarcke das Censorische Strafrecht. Bonn 1814. S. 31 fg.

12) Vgl. Walter a. a. O. S. 544. Not. 100.

13) Plutarch. *Cato maj.* 17. Valer. Max. II. 9. 2. u. 4. Plin. *hist. natur.* XVIII. 3. Zonaras VIII. 6.

14) Dionys. fragm. XX. 3. Walter a. a. O. S. 859. S. überhaupt Carl Wächter: Ueber die Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822.

so bot die erlaubte Ehescheidung das Mittel der Abhülfe und des Schutzes gegen fernere Kränkungen, Mißhandlungen und ein Benehmen, welches schon über das Gebiet der bloßen injuria hinausging. Wo aber nur solche und die geringeren Statt fanden, die im ehelichen Verhältniß um so leichter verziehen werden konnten, als die persönliche Stellung der Ehegatten zu einander und ihre Verbindung von ganz anderer Art ist, wie die sonstige mehr abstrakte der einen Person gegenüber der andern, — deren erste Forderung die Anerkennung und Nichtverletzung ist, — da war auch kein Bedürfniß einer äußern Abhülfe und eines rechtlichen Einschreitens auf Verlangen der gekränkten Frau, dessen Folgen für das ganze fernere eheliche Verhältniß nur nachtheiliger gewesen wären. Wenn Klagen schon durch die unmittelbare Personen-Einheit ausgeschlossen waren, welche durch die in manum conventio entstand, so fanden dieselben auch bei der freien Ehe nicht Statt, da diese die gleiche Würde behauptete. Ja, die Römischen Juristen geben grade bei einem verwandten Fall, wo infamirende Klagen unter Eheleuten, selbst bei Handlungen, die mit Rücksicht auf eine bevorstehende Trennung der Ehe vorgekommen waren — abgesprochen werden [15]), die schönste Definition der Ehe an [16]), gegen deren Sittlichkeit und hohe Auffassung dasjenige sehr zum Nachtheil absticht, was man, bis vor Kurzem wenigstens, bei den meisten juristischen Schriftstellern anzutreffen pflegte [17]).

15) Tit. D. et Cod. rer. amotar.

16) Bes. L. 1. 2. D. l. c. L. 1. D. de ritu nupt. §. 1. I. de patria potest. L. 1. §. 15. D. ad SC. Silan. L. 4. Cod. de crim. expil. hered. Vgl. mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 519. und v. Savigny System des heutigen Röm. Rechts.

17) Z. B. Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts in allen frühern Ausgaben, etwas besser in den neueren z. B. der dreizehnten (von Mittermaier besorgten) §. 437.

Und worauf sollte geklagt werden? Die Strafen, welche das ältere Recht auf Injurien setzte, wären hier theils unanwendbar, theils sofern sie in Geldbuße bestanden, welche seit der Einführung der injuriarum aestimatoria die hauptsächlichste war, müßte die strenge Ehe nothwendig auch in dieser Hinsicht ein Hinderniß seyn; bei der freien ließen sich solche Klagen vielleicht denken, dem Erfolge nach: aber die Sitte mußte sie jedenfalls hindern, und wir finden in den Quellen keine Spur von solchen, ausgenommen sofern die Sache sich zum Ehescheidungsverfahren eignet [18]). Noch weniger mochte von dem Rechte, auf wirkliche ordentliche oder außerordentliche Criminal-Ahndung anzutragen, hier dem Gatten Gebrauch zu machen gestattet gewesen seyn. Ohnehin würde es für viele Fälle an der Möglichkeit der faktischen Voraussetzungen gefehlt haben, wie denn z. B. die Lex Cornelia de injuriis solche aufstellt, die nicht einmal sämmtlich unter Ehegatten, die ja in dem nämlichen Hause wohnen, vorkommen konnten [19]). Daß auch die weitere Anwendung, die bei den Römern der Injurienklage gegeben ist [20]), hier nicht Platz greift, bedarf keiner Erinnerung.

Wenn grade das nähere Verhältniß, in welchem gewisse Personen zu einander stehen, es möge auf natürlicher Verbindung, oder einer freien durch die Gesinnung der Liebe, durch den Entschluß hervorgebrachten beruhen, eine besondere zarte Rücksicht und Schonung gebietet, wenn dieses vornehmlich der Fall ist, wo die häufige und durch das Zusammenleben herbeigeführte Berührung und Begegnung

18) L. 8. in f. Cod. de repudiis. Vgl. jedoch Nov. 117. Cap. 14. wo eine Geldstrafe auf Mißhandlung der Frau, zu deren Vortheil, gesetzt ist.

19) L. 5. pr. §. 1—8. D. de injuriis §. 8. I. eod. Paul. *sent. rer.* V. 4. §. 8.

20) Mein angef. Lehrbuch §. 181.

in täglichen Lebensbeziehungen mehr Gelegenheit zu möglichen Verletzungen giebt: so muß dieses ganz vorzüglich von der Ehe gelten, und zwar nicht blos zufolge einer verständigen Erwägung und einer danach gebildeten Regel für das Benehmen, sondern weil die Würde der Ehe, deren Grundlage und Inhalt die Sittlichkeit ist, dieses als nothwendige Forderung aufstellt. Man könnte daraus eine entgegengesetzte Folgerung ziehen, als die ist, welche ich für die weitere Betrachtung aufstellen zu müssen glaube; man könnte sagen und gewiß mit Recht, daß je heiliger das Verhältniß sey, je mehr es die strengsten Ansprüche an eine, dieser anzuerkennenden Heiligkeit entsprechende, gegenseitige zarte und liebreiche Benehmensweise mache, um so mehr jedes Entgegenhandeln unrecht und tadelnswerth erscheinen und danach beurtheilt werden müsse. Dies ist richtig, und wird Feinfühlenden eben so sehr zur Richtschnur ihres Verhaltens dienen, als im Fall der vorübergehenden Verletzung das Unrecht tiefer empfinden lassen, aber nicht blos für den verletzten, sondern auch für den andern Theil, dem die Stimme seines Gewissens und der Reue zugänglich ist. Es ist aber eben darum nicht minder richtig, daß diese Gesinnung es nicht gestatten werde, Alles, wie es etwa den Fremden gegenüber geschieht, dessen uns wohlwollende Gesinnung nicht überall vorausgesetzt und gefordert werden darf, mit der äußersten Strenge der Empfindlichkeit aufzunehmen und zu wägen. Das Bewußtseyn der innigen Verbindung, die Erfahrung so vieler Beweise der Liebe und Treue, und die Erinnerung an gemeinsam getragenes Leid und auferlegte Prüfungen wie an getheilte Freuden, mit einem Worte, die sittliche Macht der Ehe, muß hier ein Gegengewicht gegen die augenblickliche subjective Reizbarkeit geben, und läßt es nicht dahin kommen, unter allen Umständen eine Beleidigung *anzunehmen*, die nicht sollte verziehen werden kön-

Grenze an dem Verhältniſſe, welches als ſolches, ungeachtet ſeiner Abweichungen, geachtet werden muß. Die Familie, deren Grund die Ehe iſt, alſo das Verhältniß der Ehegatten und das der Aeltern und Kinder, muß von der Geſetzgebung als das anerkannt werden, was ſie an und für ſich iſt, und nicht etwa erſt zufolge geſetzlicher Beſtimmung wird. Ein Verhältniß, welches bezeichnet wird als juris communicatio, und jene ſowohl divini als humani, darf nicht von vorn herein als das der Abſonderung behandelt werden; dieſe iſt aber der Charakter des eigentlichen jus privatum, wie es durch Klagen geltend gemacht wird. Die Perſonen ſtehen einander da als für ſich beſondre mit der Eigenſchaft der Ausſchließlichkeit gegenüber.

Jenes Verhältniß, welches Andern gegenüber eine Einheit iſt und als ſolche geachtet werden ſoll, führt in Betreff der Anſprüche, die an die Andern gemacht werden, und welche nöthigenfalls auf gerichtlichem Wege verfolgt und vertheidigt werden können, zu Wirkungen, die ganz entgegengeſetzter Art ſind, als die, wo man rechtliche Klagen des einen Theils wider den andern für zuläſſig hält. Die Ehre des Einen iſt die des Andern. Zuvörderſt in dem ſittlichen Sinne, der dem Weſen der Ehe, auch abgeſehen von der rechtlichen Seite, entſpricht. Dann auch nach dieſer letztern. Der Mann wird in der Frau beleidigt, und iſt berechtigt, die ihr widerfahrne Unbill nicht nur für ſie, ſondern auch in ſeinem eignen Namen, als ihm ſelbſt zugefügte, zu verfolgen [23]). Daß es nicht auch umgekehrt ſo iſt, hat ſeinen Grund nicht ſowohl in

23) L. 1. §. 3. L. 18. §. 2. D. de injur. Gaji *Instit.* Comm. III. §. 221. §. 2. I. de injur. L. 2. Cod. de injur. „cum et maritus in uxoris pudore, et pater in existimatione filiarum propriam injuriarum pati intelligantur." Vgl. Schrader *Corp.* Jur. civ. Tom. I. p. 618.

dem Verhältniſſe an ſich, als vielmehr in der äußerlich juriſtiſchen Erſcheinung deſſelben, wonach billig der Mann wegen erlittener Ehrenkränkung allein klagend auftritt [24]). Nicht in der Geſinnung, mit der, was den einen Gatten trifft, auch von den andern aufgenommen wird, liegt der Unterſchied, ſondern in dem Beruf zur wirkſamen Behauptung des Rechts, der von Natur ſchon, und vermöge der natürlichen Beſtimmung beider Geſchlechter, dem einen die Pflicht auferlegt, den Schutz zu gewähren, welchen der andre, mehr Schutzbedürftige, in Anſpruch zu nehmen hat [25]).

Dieſe Einheit würde aber verletzt, wenn ein Theil mit dem andern auf ſolche Weiſe und durch Deliktsklagen rechten wollte. Ohnehin wird das Gebiet der möglichen Injurien, wo von einer Klage die Rede ſeyn könnte, unter Eheleuten ſehr beſchränkt ſeyn. Auszuſcheiden wären als die beiden Endpunkte auf der einen Seite ſolche Benehmensweiſe, die, wie ſehr ſie auch tadelnswerth ſeyn möge, doch nicht den eigentlichen Charakter der Injurien an ſich trägt, und wo es gerade dem Gatten gegenüber an dem animus injuriandi fehlt, der nicht vermuthet werden ſoll. Nicht Alles was man übel nehmen, und wodurch man ſich verletzt fühlen kann, iſt ein ſtrafbarer Angriff auf die Ehre; und manche Aeußerung und Verhaltungsart, die in Verhältniß zu andern Perſonen als Injurie erſcheint, wird unter Eheleuten nicht in ſolcher Eigenſchaft genommen werden dürfen. Schmähungen, Schimpfreden, beſonders unter Perſonen, denen es an feinerer Bildung gebricht,

24) Gaji Inst. l. c. „Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest: defendi enim uxores a viris, non vires ab uxoribus aequum est.“

25) L. 1. §. 1. D. ad *SC. Vellej.* — „moribus civilia officia ademta sunt foeminis.“ L. 1. §. 5. D. de postulando — „*ne virilibus officiis* fungantur mulieres.“

würden in der Regel auszuschließen seyn. Und so wie sie in der Gesinnung des Einen nicht Ehrenkränkung sind, so werden sie von dem Andern nicht leicht so aufgenommen und bald verziehen oder auch wohl erwiedert. Auf der andern Seite würden wegfallen diejenigen groben Angriffe auf die Ehre und persönliche Würde des andern Theils, welche einen Grund zur Ehescheidung abgeben, oder indem sie unter einen andern Gesichtspunkt fielen, z. B. körperliche Verletzung, Mißhandlungen, Lebensnachstellungen[26]), eine strafrechtliche Behandlung zur Folge haben können, die von dem Injurienprozesse verschieden und von demselben nicht abhängig ist.

Wenn nun in der Mitte einige Fälle wirklicher Injurien übrig bleiben, von denen wir zugeben, daß die Begrenzung gegen jene ausscheidenden nicht selten schwierig sey, so kann allerdings die Frage entstehen, wie hier Rechtshülfe in Anspruch genommen werden könne[27])? Verleumdungen ꝛc. dürften unter den zweiten der

---

26) Diese sind in verschiedenen Perioden als Gründe der Scheidung anerkannt. Vgl. z. B. die schon oben angeführte C. 8. Cod. *de repudiis* (Theod. et Valent.) — „si quae igitur maritum suum — suae vitae veneno, aut gladio aut alio simili modo insidiantem, si se verberibus (quae ingenuis aliena sunt) afficientem probaverit; tunc repudii auxilio uti necessario permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare." S. C. Wächter a. a. O. S. 218 fg.

27) Cic. *pro* Caecina: „ideo quod omnia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt: quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit, et persaepe disceptatore domestico dijudicatur: alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed severitatem judicio ac vim requirit." Man kann dies wohl hier anwenden, wenn der Fall nicht so arg ist, ein strafrechtliches Einschreiten zu rechtfertigen, und mehr nur die Eigenschaft eines häuslichen Streites hat, so wird gütliche Beilegung durch irgend eine Vermittelung, wenn diese nöthig seyn sollte, immer wünschenswerth und deren Versuch die nächste Pflicht.

eben aufgestellten Gesichtspunkte fallen [28]). Bei andern nicht ganz leichten Injurien müßte jedenfalls in Betracht kommen, daß das Verhältniß der Ehe, auf deren Fortbestehen gerechnet wird, auch gestattet und zur Pflicht macht, etwas in einer andern Weise aufzunehmen, als es bei unsrer Sitte, den herrschenden besonders Standes-Rücksichten und Vorurtheilen zufolge, nicht selten geboten wird, dritten Personen gegenüber zu thun, wo es mit dem Ehrenpunkte um so strenger genommen wird, je mehr man nicht blos sich selbst verletzt, sondern auch dadurch in der Achtung Andrer herabgesetzt oder gefährdet glaubt. Es kann selbst dem Friedliebenden und Sanftmüthigen, zur Verzeihung Geneigten unter Umständen Pflicht seyn, etwas nicht ungerügt hingehen zu lassen — was irgend einen Einfluß auf das öffentliche Urtheil über ihn haben möchte. Die Fälle aber, von denen hier vorzugsweise die Rede ist, betreffen die Stellung der Ehegatten zu einander, nicht zu der Außenwelt. So wie von Außen her, und also auch durch das Gericht, nicht in ein Verhältniß eingegriffen werden soll, dessen möglicher Zwiespalt für jene, die nur die Einheit auch in der Erscheinung anzuerkennen haben, nicht vorhanden ist, so sollen auch die Betheiligten nicht zu leicht der fremden Einmischung Raum geben. Ueberdies sind Injurienprozesse nicht begünstigt [29]), und am wenigsten in sofern die Klage auf eine Art Rache geht, oder zu denen gehört, welche man jetzt vindictam spirantes nennt [30]). Die Praxis hat daher, gestützt auf eine Stelle von Ulpian [31]),

28) S. B. fälschliche Anklage wegen Ehebruches Nov. 117. Cap. 9. §. 4.

29) A. D. Weber über Injurien ꝛc. Th. II. S. 96.

30) Vgl. v. Savigny System des heut. Röm. R. Th. II. §. 72.

31) L. 11. §. 1. D. *de injuriis*: „Injuriarum actio ex bono et aequo est. Et dissimulatione abolebitur, si quis enim

hier insbesondere nicht nur das Bestreben einer gütlichen Beilegung herbeizuführen zur Pflicht gemacht, sondern auch, wenn es zum Prozeß kommt, ein Verfahren empfohlen, wodurch größerer Erbitterung der Gemüther vorgebeugt werde [32]). Dies gilt als allgemeiner Grundsatz, ohne daß dabei eine Beschränkung auf unsern Fall Statt fände. Es würde für diesen nicht minder gelten, wenn nicht daraus vielmehr, wenigstens mittelbar, gefolgert werden dürfte, daß Injurienklagen als solche des einen Gatten gegen den andern gar nicht zugelassen werden sollten. Man würde zu unterscheiden haben zwischen reinen Injurien und solchen Fällen, wo die Frau eines Schutzes ihrer Persönlichkeit bedarf — (der umgekehrte Fall wird kaum eintreten) — der dann auch wohl auf polizeilichem Wege gewährt wird, und wo er sich nicht hinreichend erzeigen sollte, da kann dies gerichtlich zur Sprache gebrachte Mißverhältniß wiederum nicht als bloße Injurie behandelt werden [33]).

---

injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus, ad animum suum non revocaverit: postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolere. Secundum haec ergo aequitas actionis omnem metum eis abolere videtur, ubicunque contra aequum quis venit."

32) Weber a. a. O. S. 97. und Boehmer de injusta actione injuriar. Cap. 10. §. 5 sq.

33) Weber a. a. O. S. 98. bemerkt: „Böhmer ging in der Anwendung der Lehren des Christenthums auf bürgerliche Rechtsverfolgung zu weit, da er den Geistlichen das Recht zugestand, einem Beleidigten, der wegen erlittener Injurien Klagen erhoben hatte, bis zur ausgemachten Sache den Gebrauch des heiligen Abenmahls zu versagen. Die theologische Facultät zu Jena erklärte sich nachdrücklich gegen diese unbefugte Einmischung des Cleri in Dinge, die das äußere Zwangsrecht betreffen." Ich will mir über die Grundsätze, welche den Geistlichen in einem solchen Falle leiten sollen, kein Urtheil erlauben, obschon die Bemerkung nicht unterdrückt werden kann, daß allerdings Niemand mit Feindschaft gegen seine Brüder im Herzen, mit dem Bewußtseyn Schritte gethan zu haben, die der Forderung des Evangelii (Matthäi V. V. 21 — 25.) widersprechen — würdig zum

Es iſt oben das eheliche Verhältniß mit dem elterlichen, insbeſondre dem väterlichen verglichen worden. Hinſichtlich der Ehe mit manus bedarf es nicht einmal der Vergleichung, weil hier in der That die Frau in die Stelle einer Haustochter tritt, und die rechtlichen Wirkungen keine andern ſind, als welche aus dem Begriff der potestas hervorgehen [34]). Für die andern Arten der Ehe liegt die Vergleichung nahe genug, da hier wie dort die Pietät die Grundlage iſt und ſeyn ſoll, und ein ſittliches, dort zugleich unmittelbar natürliches Verhältniß beſteht. Dürfte man nun von dem Einen aufs Andre ſchließen, und was von dieſem gilt, auf jenes vollſtändig übertragen, ſo würde man allerdings zu dem Ergebniſſe kommen, daß in gewiſſen, wenn gleich ſeltenen Fällen eine Injurienklage unter Ehegatten Statt haben könne. Es ſollen nämlich Kinder, die in väterlicher Gewalt ſtehen, ſelbſt wegen ſchwerer Unbill (atrox injuria) nicht zur Klage berechtigt ſeyn, und daſſelbe gilt, wie bereits erinnert worden iſt, für die Gattin, die manu mariti, denſelben filiae loco iſt. Dagegen wird der Fall als rechtlich möglich gedacht, daß nach Auflöſung der väterlichen Gewalt eine Klage den Kindern eingeräumt werde; indeß ſoll dieſes nicht ſo leicht geſchehen, und jener nur in der Vorausſetzung einer Schwere der Beleidigung, die es erforderlich macht, rechtlichen Schutz zu gewähren [35]). Man könnte

---

Tiſche des Herrn geht. Nur der Fall, wo nicht die Abſicht einer rächenden Vergeltung, ſondern die Pflicht eigner Rechtfertigung und Vertheidigung zur Klage führte, würde eine andere Beurtheilung bedingen. Unſre Frage iſt eine hievon weſentlich verſchiedene, ob eine Klage hier überall ſtatthaft und von dem Gerichte anzunehmen oder zu gewähren ſey? Wir werden weiter unten bei den allgemeinen Vorausſetzungen, die auch hier nicht fehlen dürften, auf den hier nicht nur erlaubten, ſondern wohl nothwendigen Einfluß der Geiſtlichen kommen.

34) Gaji *Comm.* I. §. 108. 115. 136. 137.

35) L. 7. §. 3. D. de injuriis. „Sed si quis ex liberis, qui *non sunt in potestate*, cum parente velit experiri: non te-

nun versucht seyn, die freie Ehe eben so zu behandeln, indem hier die Frau eine Selbstständigkeit dem Manne gegenüber genösse, derjenigen vergleichbar des Kindes, welches der väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen ist. Allein ich glaube, daß dieses nicht ganz gerechtfertigt sey. Nach dem ältern Römischen Recht würde hier eine Gleichstellung sicher nicht Statt finden. Denn während die Emancipation das ganze Verhältniß zur Familie auflöst, so daß die Kinder, gegenüber dem früher unmittelbaren und engsten Verbande, jetzt demselben auf eine Weise fremd sind, daß die iniquitas der Folgen den Juristen selbst nicht entging [36]): so behauptet sich im Gegentheil doch auch bei der Ehe ohne manus die ganze Bedeutung (dignitas) der Ehe überhaupt und mit allen den wesentlichen Folgen, die nicht lediglich dem Gewalt- und Abhängigkeitsverhältnisse angehören. Und so wie gegen die Strenge des ältern Civilrechts das prätorische Recht sich mildernd äußert und den natürlichen, thatsächlichen Beziehungen ihre sittliche und rechtliche Geltung verschaffte, so muß dieses auch bei der Ehe und um so mehr angenommen werden, als diese selbst in der freiesten Form, doch immer auch juristisch eine Verbindung ist, wogegen bei der Auflösung der väterlichen Gewalt das juristische Band im Sinne des Civilrechts nicht mehr besteht. Dies vermochte aber dem natürlichen keinen Eintrag zu thun, und auch der emancipirte Sohn mußte die Pietät beobachten, die das Emancipations- und Patronats-Verhältniß gebietet, wodurch solche Klagen in

mere injuriarum actio danda est, nisi atrocitas suaserit; certe his, qui sunt in potestate prorsus non competit, etiam si atrox fuerit."

36) Gaji *Instit.* Comm. III. §. 18—24. §. 25. „Sed has *juris iniquitates* edicto praetoris emendatae sunt." Vgl. *II.* §. 161.

der Regel ausgeschlossen wurden [37]). Derselbe Grund wird auf der andern Seite den Injurien der Kinder gegen die Eltern eine schwerere Eigenschaft verleihen [38]), und kann allerdings in Fällen, wo die Hauszucht nicht mehr Statt findet, oder deren Gebrauch bedenklich erscheint, die Veranlassung zu gerichtlichem Einschreiten geben [39]). Alles dies wird aber nur als eine seltene Ausnahme aufgestellt; die Regel bleibt, daß dergleichen Störungen ohne gerichtliche Einmischung, die auch nicht von Amts wegen ohne dringende Ursache Statt finden soll, ausgeglichen werden. Die später immer mehr zur Anerkennung gelangte Gleichheit der Rechte beider Ehegatten läßt ohnehin nicht eine durchgängige Analogie mit dem Verhältniß der Eltern und Kinder zu.

Wir kommen daher immer wieder zu dem bereits angegebenen Resultate. Man kann allerdings auf eine der so eben in Bezug genommenen Stellen [40]) sich berufen, die ausdrücklich sagt, daß Vergehen auch der Ehegatten wider einander strenger zu rügen seyen; allein dies bezieht sich wohl nicht auf bloße Ehrenbeleidigungen, und nicht auf die mehr civilrechtlichen Klagen, als vielmehr auf Fälle, wo eine eigentliche criminelle Ahndung bedingt ist, wenn auch solche nicht anders als auf ergangene Be-

37) L. 4. D. de in jus vocando.

38) §. 9. I. de injuriis. L. 7. §. 8. D. eod. — „*Persona atrocior injuria fit*, ut cum magistratui, *cum parenti*, patrono fiat."

39) L. 28. §. 8. D. de poenis: „Omnia admissa in patronam, patronive filium, patrem propinquum, maritum, uxorem, caeterasque necessitudines, gravius vindicanda sunt, quam in extraneos." Tit. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. L. 3. 4. Cod. de patria potestate. Mein Lehrbuch der Criminalrechts-Wissenschaft §. 315.

40) L. 28. §. 8. D. cit. — „omnia admissa — in maritum *uxorem* — gravius vindicanda sunt quam in extraneos."

ſchwerde des verletzten Theils erfolgen ſoll, wobei ganz unerörtert bleibt, welchen Einfluß dies auf die Fortdauer der Ehe haben ſolle.

Um nun von dieſer mehr geſchichtlichen Darſtellung zu einer praktiſchen überzugehen, wollen wir die Beſtimmungen des Preußiſchen Rechts etwas näher prüfen, da dieſe mehrfache Auslegung erfahren haben, ſo daß es beſtritten iſt, ob nach denſelben eine Injurienklage zwiſchen Eheleuten Statt finde [41]).

An zwei verſchiedenen Orten ſind die geſetzlichen Ausſprüche zu finden, die der Entſcheidung der Frage zu Grunde gelegt werden müſſen. Beide gehen von einem Princip, der Auffaſſung der Ehe, aus. Es iſt nämlich in der Lehre der Ehe und beziehungsweiſe der Veranlaſſungen zur Trennung derſelben und dann in der Lehre der Injurien der Gegenſtand, wenigſtens theilweiſe, berührt.

Im Allg. L. R. Th. II. Tit. 20. werden zuerſt §. 649 fg. mehrere Fälle angegeben, wo ein Verfahren von Amts wegen nicht Statt findet, theils nach der Art der Injurien, theils mit Rückſicht auf Stand und Verhältniß der Perſonen. Nun heißt es

§. 652. „Auch bedarf es des richterlichen Amtes nicht, wenn dergleichen geringe Real-Injurien zwiſchen Eheleuten, Eltern und Kindern, Lehrern und Schülern, Dienſtherrſchaften und Geſinde vorgefallen ſind."

---

41) In der Schrift: „Ueber Injurien, Hausrecht, Nothwehr und Duelle nach Preußiſchem Rechte, nebſt fünf Vorleſungen über dieſe Gegenſtände in geſchichtlicher und gemeinrechtlicher Hinſicht. Berlin 1827" wird jedoch dieſer Streitfrage nicht gedacht, der Gegenſtand ſelbſt nicht berührt. Eben ſo wenig bei C. L. Müller: Die Lehre von Injurien nach den Vorſchriften der Preuß. Geſetze ſyſtematiſch zuſammengeſtellt. Leipzig (ohne Angabe des Jahres), wo S. 26. hievon *die Rede* ſeyn müßte.

Man will daraus, daß eine Rüge von Amts wegen ausgeschlossen wird, den Schluß machen, daß also doch eine Rüge überhaupt zulässig sey, und es soll dieses auch noch unterstützt werden durch

§. 557. a. a. O. „Vorhaltungen und Verweise der Eltern gegen ihre Kinder, der Vormünder gegen ihre Pflegebefohlenen, der Lehrer gegen ihre Schüler und Lehrlinge, der Dienstherrschaften gegen ihr Gesinde, und der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, sind als Injurien nicht anzusehen."

indem hier des Verhältnisses der Ehegatten nicht gedacht werde [42]).

Nun liegt zwar in der ersten Stelle unmittelbar nichts weiter, als das Ausschließen der Ahndung von Amts wegen, worin das A. L. R. mit allgemein angenommenen Grundsätzen übereinstimmt; aber, ob dann eine Klage Statt finde, muß aus andern Vordersätzen beurtheilt, und kann hier nicht blos durch ein Argument vom Gegentheil beantwortet werden [43]). Dasselbe gilt von der zweiten Stelle: es werden Personen genannt, bei denen vermöge der Autorität, die ihnen über bestimmte andere, unzweifelhaft Untergebene zusteht, die Vorhaltungen und Verweise nicht als Injurien anzusehen sind. Der Eheleute wird nicht gedacht und mit Recht, denn hier findet ein solches Verhältniß nicht Statt; es hätte höchstens des Mannes wider die Frau Erwähnung geschehen können, nicht umgekehrt. Wenn also zunächst bei der Regel, daß dort keine Injurien anzunehmen seyen, die Ehegatten

42) Bielitz in der Note 49. angef. Schrift, und Ergänzungen der Preußischen Rechtsbücher durch Gesetzgebung und Wissenschaft, Th. II. Abth. I. S. 448 fg.

43) Die älteren Logiker stellen die Regel auf: unius positio non est alterius exclusio, und umgekehrt: unius exclusio non est alterius positio.

ausſcheiden, ſo folgt daraus noch nicht, daß dergleichen unter ihnen eine Injurie und klagbar ſey, ſondern nur daß ihr Verhältniß nicht als das einer Erziehung, Disciplin, die nur einen Theil gegenüber dem andern obliegt, betrachtet werde: es iſt nicht daraus unbedingt zu ſchließen, daß alsdann Injurien, die eine Klage begründen, möglich ſeyen, ſondern es muß die hierauf ſich beziehende Frage aus einem andern Gebiete beantwortet werden [44]).

Beide Stellen unterſcheiden ſich weſentlich durch ihren Inhalt, der es bedenklich macht, die eine durch die andere zu vervollſtändigen. In der einen Stelle iſt von Aeußerungen die Rede, die an ſich und gegenüber fremden Perſonen zwar unter Hinzutretung der ſonſtigen Erforderniſſe Injurien ſeyn könnten, die aber dieſe Eigenſchaft nicht haben, wo das perſönliche Verhältniß und eine in demſelben gegründete Pflicht der Aufſicht und Leitung Andrer es nothwendig macht, Zurechtweiſungen ꝛc. auszuſprechen; bei denen auf der einen Seite aber ſo wenig die Abſicht der Ehrenkränkung obwaltet und vermuthet werden darf, als auf der andern es zuſteht, die wohlverdiente Rüge im Sinne eines Angriffs auf die Ehre aufzunehmen. Dabei mußten natürlich nur ſolche Verhältniſſe namhaft gemacht werden, deren Charakteriſtiſches eine ſolche Erziehungs- oder Disciplinar-Pflicht iſt, die nicht als das Weſentliche bei der Ehe erſcheinen kann. Die andere Stelle handelt von wirklichen und zwar nicht blos mündlichen, ſondern Real-Injurien (im Sinne und Sprachgebrauche der neuern Zeit) [45]), wenn gleich nur geringen, und geht von der Vorausſetzung aus, daß ſolche nicht blos von einer Seite, ſondern auch von der andern und gegenſeitig

44) Der nächſte Gegenſatz iſt nicht die Privatklage, ſondern, daß bei ſchweren Verletzungen, die in andere Verbrechen übergehen, allerdings von Amts wegen verfahren werden kann.

45) Vgl. mein Lehrbuch der Crim. RW. §. 298. 299.

Statt finden kann. Dieſe ſollen nun eine Ausnahme von der Regel des §. 653. machen: „Andere Real-Injurien muß der Richter von Amts wegen unterſuchen und beſtrafen.“

Wenn nun aus dieſen Stellen eine Entſcheidung nicht entnommen werden kann, ſo müſſen wir ſuchen, die anderen für eine ſolche zu benutzen. Die Beſtimmungen des ALR. Th. II. Tit. 1. von Trennung der Ehe durch richterlichen Ausſpruch, enthalten nämlich §. 699 fg. Einiges, was hieher gehört. Die Marginal-Rubrik „6) Nachſtellungen nach dem Leben,“ iſt, wie der weitere Inhalt §. 700 fg. ergiebt, zu enge gefaßt; ſofern ſie für die Auslegung in Betracht kommen darf, ergiebt ſich, daß mindeſtens die Scheidung auch hier nicht begünſtigt und nicht ohne dringende Gründe geſtattet werden ſolle.

Der §. 699. lautet: „Wenn ein Ehegatte dem andern nach dem Leben getrachtet, oder ſolche Thätlichkeiten an ihm verübt hat, welche deſſelben Leben oder Geſundheit in Gefahr ſetzen: ſo iſt der Beleidigte die Trennung der Ehe zu ſuchen berechtigt;“ und

§. 700. „Ein Gleiches gilt von groben und widerrechtlichen Kränkungen der Ehre, oder der perſönlichen Freiheit des andern Ehegatten.“

Hiemit ſind zu verbinden:

§. 701. „Wegen blos mündlicher Beleidigungen oder Drohungen, ingleichen wegen geringerer Thätlichkeiten, ſollen Eheleute gemeinen Standes nicht geſchieden werden.“

§. 702. „Auch unter Perſonen mittlern und höhern Standes kann die Scheidung nur alsdann Statt finden, wenn der beleidigende Ehegatte ſich ſolcher Thätlichkeiten und Beſchimpfungen, ohne dringende Veranlaſſung, *muthwillig* und wiederholt ſchuldig macht.“

Dieſe Stellen ſind verſchiedentlich ausgelegt worden. Man hat daraus gefolgert, daß in Anerkennung der Natur der Sache und des Charakters der Ehe die Abſicht des Geſetzgebers dahin gehe, gewöhnliche Beleidigungen unter Ehegatten gar nicht zu berückſichtigen, und es mit erſterer nicht vereinbar ſey, ſich die Eheleute als ſtreitende Theile gegen einander wenigſtens in dieſer Beziehung zu denken [46]).

Dies ſcheint auch mir das Richtige zu ſeyn. Der Gedankengang iſt wohl der: So wie in die häuslichen Verhältniſſe, die ſtets die gebührende Schonung in Anſpruch nehmen, der Richter ſich nicht ohne die dringendſten Gründe einmiſchen ſoll, ſo dürfen auch Zwiſtigkeiten der Ehegatten und ein Benehmen, das unter anderen Umſtänden für injuriös gilt, nicht auf eine Weiſe vom Geſetze aufgefaßt werden [47]), welche dem Weſen der Ehe und der Geſinnung der Ehegatten entgegen ſeyn würden. Sind die Beleidigungen geringere, ſo muß man billig darauf rechnen, daß ſie theils nicht ſo hoch aufgenommen, theils daß ſie verziehen werden — die vorübergehende Entrem-

46) Zerſtreute Bemerkungen von X. in der Juriſtiſchen Zeitung für die Königl. Preuß. Staaten. Fünfter Jahrg. 1836. Nr. 100. S. 227. Der Verfaſſer ſchließt ſeine kurze Betrachtung mit der Bemerkung: „Uebrigens dürfte es nicht unwichtig ſeyn, die Anſichten der Praxis hierüber zuſammenzuſtellen.“ Was ich in Erfahrung gebracht habe, ſpricht für die Ausſchließung der Injurienklage. In den Entſcheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals, herausgegeben in amtlichem Auftrage von Simon und Hinſchius, Band V. Berlin 1841. heißt es Nr. 16. S. 177. unten, bei Gelegenheit einer Eheſcheidungsſache: „Endlich war von der Klägerin auch ein Injurienprozeß, indeß ohne Erfolg, angeſtrengt worden.“ Ob die Worte „ohne Erfolg“ andeuten, daß die Klage gar nicht zugelaſſen, oder daß die Klägerin nach Inſtruction der Sache abgewieſen worden, bleibt in Ermangelung näherer Angabe zweifelhaft. Aus den Worten: ein Prozeß angeſtrengt, läßt ſich allenfalls das letztere ſchließen.

47) Ergänzungen, Supplementband Abth. II. S. 24. V. 700. und daſelbſt Simon Entſcheidungen ꝛc. V. S. 328.

ung der Gemüther soll nicht dadurch zu einer dauernden
erden, daß es frei steht, Klage auf Strafe und Genug-
uung anzustellen, wodurch die Versöhnung erschwert und
öglicherweise eine Erbitterung herbeigeführt würde, die
r Fortsetzung der Ehe nachtheilig ist. Sind aber die
ränkungen schwere und insbesondre in Thätlichkeiten und
solches Verhalten ausartend, welches nicht ertragen
erden kann, und die Ehe schon als in Wahrheit ge-
rennt erscheinen läßt, so soll deren Auflösung durch
echtsspruch beantragt werden dürfen. Was aber schwere
der geringe Beleidigung sey, soll nicht blos nach dem In-
alt und der Art und Form, sondern auch mit Rücksicht
uf die Standes-Unterschiede beurtheilt werden [48]). Man
ag es bei manchen andern Lehren mißbilligen, daß
Landrecht auf die Standesunterschiede zu viel Gewicht
legt wird. Hier ist es vollkommen richtig und aus
m Leben gegriffen, wie es die Erfahrung bestätigt, daß
ränkungen von der Art, wie sie §. 701. nennt, unter
ersonen geringern Standes häufig vorkommen, ohne die
emüthsaufregung zu bewirken, die bei feiner Fühlenden,
ren Empfindlichkeit gesteigert ist, eintritt, und ohne also
r Besorgniß einer im Grunde schon gestörten Ehe Raum
lassen. Aber auch bei den höheren und mittleren Stän-
n sollen die Beleidigungen der gedachten Art nicht sofort,
ndern nur wenn sie ohne dringende Veranlassung und
iederholt verübt sind, den Antrag auf Ehescheidung
chtfertigen.

Man hat dagegen erinnert, daß grade, wo die
hescheidung ausgeschlossen sey, wie im Fall des §. 701,
i Eheleuten geringern Standes es unbillig wäre, jenes

48) Vgl. Bornemann systematische Darstellung des Preuß. Civilrechts, mit Benutzung der Materialien ꝛc Bd. V. Berlin 1837. S. 235. Derselbe gedenkt hier eigends der Injurienklage. Für die Ausschließung derselben ist Grävell Praktischer Commentar zur Allg. G. O. Th. I. Erfurt 1825. S. 154.

Mittel der Genugthuung zu nehmen, und daß im Fall des §. 703, wo wiederholte Kränkungen die Klage auf Scheidung rechtfertigen, es gestattet seyn müsse, die Wiederholung durch die Rüge der Injurie zu constatiren [49]). Allein der letzte Zweck kann um so mehr auch auf andre Weise, als durch die Injurienklage erreicht werden, da hier die Wiederholung gewiß nicht an der technischen Bedeutung eines Rückfalles nach bereits erfahrener Ahndung oder Warnung genommen wird, sondern überhaupt ein öfter vorgekommenes tadelnswerthes Benehmen, welches nach den gewöhnlichen Regeln [50]) zu erweisen ist, hinreicht. Es soll nur nicht sofort eine Zwistigkeit, die zu Beleidigungen geführt hat, und die unter Leuten geringen Standes gerichtlich gar nicht in Betracht kommt, die Ehescheidungsklage für höhere Stände begründen. Was aber das erste betrifft, so wird eine Genugthuung auf gerichtlichem Wege theils entbehrlich, theils dem Wesen der Ehe, wo dieselbe nicht getrennt werden kann, widersprechend seyn. Auch darf man nicht etwa in den Fällen, wo die Scheidungsklage gestattet ist, den s. g. Schluß a majori ad minus [51]) machen, und folgern, daß, wer jene Klage anzustellen befugt sey, mindestens eine Injurienklage geltend machen könne; — mit welcher Ansicht jene oben erwähnte, obschon von einer entgegengesetzten Seite, zu-

49) D. G. A. Bielitz in der angef. Juristi. Zeitschrift 1836. Nr. 18. S. 417 fg. Derselbe in s. Praktischen Commentar zum Allg. LR. Th. V. Erfurt 1827. S. 252, wo indessen für die bejahende Antwort auf unsre Frage nur eine Versicherung mit Bezugnahme auf II. 20. §. 652. vorkommt: „wenn der beleidigte Ehegatte blos eine Injurienklage anstellt, wie ihm zu thun unstreitig frei steht."

50) Nur „der Eid ist in Injuriensachen als ein zulässiges Beweismittel nicht anzusehen" A. G. O. Th. I. Tit. 34. Anhang §. 232. Vgl. Ergänzungen Th. III. Abth. I. 1839. S. 737 fg.

51) *L. 21. D. de R. I.* Ulpian. „Non debet cui plus licet, *quod minus est*, non licere."

sammentrifft, daß, wer nicht auf Trennung klagen dürfe, wenigstens durch die Injurienklage sich Genugthuung müsse verschaffen können. So wie es dort unnatürlich wäre, bei einer Gesinnung, die es verschmäht, sich des Rechtes zum Antrag auf Scheidung zu bedienen, darnach eine Klage anzustellen, die zu den s. g. actiones vindictam spirantes gehört, und so mittelbar das zu thun, was mit dem Zweck im Widerspruch steht: so soll auch das Gericht nicht die Hand bieten, ein Mißverhältniß noch mehr zu bestärken, dessen Ausgleichung seine erste Pflicht ist [52]). Es darf nicht ein Stufengang von Klagen angenommen werden bis zur Ehescheidung, die dann meist die nothwendige Folge seyn würde, sondern es soll — so lange deren Bedingungen nicht vorhanden sind, die Sache der Ausführung auf gütlichem Wege überlassen, im äußersten Fall aber die Scheidung als erstes und einziges Mittel gestattet werden. Von dem andern Fall ist bereits die Rede gewesen. Grade die Gründe, welche der Zulässigkeit einer Scheidung entgegenstehen, verbieten es jene Klage einzuräumen, die unter Personen geringerer Bildung noch mehr jene moralischen Nachtheile zur Folge haben müßten, welche unleugbar in allen solchen Fällen zu fürchten sind. Auch ein anderer aufgestellter Gegengrund läßt sich ohne Schwierigkeit beseitigen, daß nämlich, „wenn Injurienklagen zwischen Eheleuten nicht gestattet wären, dieselben auch, während des Ehescheidungs-Prozesses nicht angebracht werden könnten, solchenfalls aber der die Scheidung suchende Ehegatte den Beleidigungen des andern Theils ganz bloßgestellt und nicht im Stande wäre, sich zu sichern" [53]).

Wenn nicht eine andere rechtliche Nothwendigkeit und Zulässigkeit jener Klage nachgewiesen werden kann, so ver-

52) Allg. G. O. Th. I. Tit. 40. §. 23—31. 33. 34. 36—40.
53) Bielitz a. a. O. S. 428.

mag dieſes Argument ſie nicht herzuſtellen. Zunächſt würde aus dem, was erlaubt ſeyn müßte, wenn ſchon die Eheſcheidung gerichtlich vorbereitet wird, kein Schluß auf das zu rechtfertigen ſeyn, was zu beobachten iſt, wo die entgegengeſetzte Beſtimmung obwaltet. Dann aber iſt in dem vorausgeſetzten Falle die Injurienklage offenbar ſo wenig ein Mittel, dem einen Ehegatten (wobei man ſich wohl die Frau als den ſchwächern Theil zu denken hat) Schutz gegen Ausbrüche der Rohheit des andern zu gewähren, als ſie dieſes zu ihrem Zweck hat; als ob nicht, ſelbſt während dieſe zweite Klage neben der erſten in der Inſtruction begriffen wäre, dergleichen Beleidigungen ſich jeden Augenblick wiederholen und nach erledigter Sache, ehe aber die Trennung erfolgte, erneuern könnten! Wo dergleichen zu befürchten iſt, müſſen allerdings die gehörige Hülfe gewährt und die nöthigen Maaßregeln ergriffen werden, die aber weder blos gerichtliche ſind, noch als ſolche vom Standpunkte der Injurienklage aus Statt finden. Schwerlich wird hier, wenn ſich der eine Theil und zwar der die Trennung nachſuchende beklagt, eine Klagehäufung anzunehmen ſeyn, oder eine Gegenklage, falls der andre Theil z. B. die Frau in dieſer Hinſicht gegen den Mann aufträte, der auf Scheidung geklagt hätte, und ſich Beleidigungen gegen die Frau zu Schulden kommen ließe. Vielmehr würde eine ſolche Klage nur im Sinne einer Beſchwerde zugelaſſen und verhandelt werden, welche ein neues Gewicht zu den Gründen abgebe, die den Antrag auf Eheſcheidung rechtfertigten.

Soll die Frau überhaupt ſolche Klagen, die ſonſt den Beiſtand des Mannes fordern, allein anſtellen, oder zu dieſem Zweck einen andern Beiſtand erhalten? [54])

54) A. G. O. Th. I. Tit 1. §. 16. Bei Klage gegen den Mann *kann ſie zwar* allein auftreten; aber dies bezieht ſich nicht auf *dieſen Fall*, ſondern auf Vermögensverhältniſſe.

Uebrigens scheint auch bei der bevorstehenden Revi-
ion der Gesetze diese Frage, die bisher erörtert worden
st, verschieden beantwortet zu seyn. Wenigstens neigt
ich die Ansicht derer, welche in der jetzt bestehenden Gesetz-
ebung die Injurienklage für begründet halten, dahin,
aß sie überhaupt statthaft sey, und daher auch stets, ohne
aß das Wesen der Ehe einen Rechtsgrund entgegenstellte,
ugelassen werden müsse. Was jedoch dafür geltend ge-
nacht wird, vermag ich, von rein wissenschaftlichem
Standpunkte aus, und sofern von der rechtlichen Grundlage
n Verbindung mit den Rücksichten der Rechtspolitik zu der
ittlichen übergegangen worden muß, nicht als überzeugend
nzuerkennen [55]).

55) Vgl. die Ergänzungen ꝛc. der Preußischen Rechtsbücher Th. II. Abth. I. Breslau 1835. S. 498. In den Motiven der Gesetzrevision wird bemerkt, daß die Ansicht, daß Injurienklagen zwischen Eheleuten unstatthaft seyen, weder de lege lata noch de lege ferenda richtig sey. Suarez habe schon indirekt dadurch, daß er in §. 652. h. l. (II. 20.) das Verfahren ex officio bei geringen Realinjurien unter Eheleuten ausgeschlossen, deutlich zu erkennen gegeben, daß er überhaupt Injurienklagen zwischen Eheleuten gestatten wollte. Hingegen lasse sich auch aus dem Wesen der Ehe kein Rechtsgrund entnehmen, da das Civilgesetz keinem der Ehegatten eine dem Züchtigungsrecht z. B. des Vaters analoge Befugniß über den andern Ehegatten einräume, vielmehr Beleidigungen unter Ehegatten so sehr für widerrechtlich und dem Zweck der Ehe zuwiderlaufend halte, daß es ihnen, wenn sie bis zu einem gewissen Grade steigen, sogar die Kraft beimesse, das eheliche Band aufzulösen. Vgl. noch Supplementband Th. I. Abth. I. S. 176. Abth. II. S. 27.

XV.

Der deutsche Strafprozeß,

verglichen mit dem auf Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Anklageprincip gebauten Verfahren,

mit Prüfung

der neuesten Ergebnisse der Strafprozeßgesetzgebung, mit besonderer Beziehung auf den neuesten königl. sächsischen Entwurf des Criminalverfahrens.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. VIII. im vorigen Stücke.)

§. 1X. Der Entwurf des Criminalverfahrens für das Königreich Sachsen.

Ehe wir unsere Prüfung fortsetzen, ist es Pflicht, unsere Leser auf die neueste legislative Erscheinung in Bezug auf den Strafprozeß aufmerksam zu machen. Es ist dies der Entwurf der Strafprozeßordnung für das Königreich Sachsen. — Während die Entwürfe für Würtemberg und Preußen noch einigermaßen eine Concession in der Art machen, daß der Angeschuldigte und die Zeugen freilich mit vielen Beschränkungen in einer sogenannten Schlußverhandlung vor den urtheilenden Richtern erscheinen, ist der königl. Entwurf rein auf die Grundlagen des deutschen Prozesses

gebaut. Es ist hier doppelt wichtig, die Gründe, welche die königl. sächsische Regierung, die in der Gesetzgebung so viele bedeutende Fortschritte gemacht hat, dennoch zur Beibehaltung des deutschen Prozesses bestimmt haben, anzugeben und den Gesetzesvorschlägen zu folgen, durch welche der Entwurf die Verbesserung des bisherigen deutschen Verfahrens beabsichtigt. Wir wollen vorerst unseren Lesern ein Bild der wesentlichen Bestimmungen des Entwurfs geben, soweit er auf diese Verbesserung abzielt. Einen vorzüglichen Werth muß das Gesetz im Interesse der Herstellung der Wahrheit, damit die Richter desto zuverlässiger auf die gesammelten Akten bauen können, auf die gehörige Besetzung der Gerichtsbank legen, damit es an der Controle des Inquirenten nicht fehle. Der §. 31. fordert daher zur besetzten Gerichtsbank 4 Personen, nämlich den Richter, einen Protokollführer und zwei Gerichtsbeisitzer. Wer es weiß, wie in manchen Gegenden Deutschlands gewöhnliche ungebildete, nur von dem Willen des Beamten abhängige Tageschreiber zu Protokollführern genommen werden, muß die Vorschrift (§. 32.) billigen, nach welcher nur eine Person, welche die Approbation der zur Erlangung der juristischen Praxis erforderlichen Probeschriften erhalten hat und mit dem Richter nicht zu nahe verwandt ist, als Protokollführer genommen werden kann, und eben so wie §. 33, nach welchem auch der Protokollführer und der Gerichtsbeisitzer von dem Angeschuldigten abgelehnt werden dürfen. — Für die Treue der Aufzeichnung im Protokolle sorgten die §. 36 — 40. Das Gesetz warnt durch Vorschriften (§. 42 — 48.), daß nicht voreilig auf ungenügende Veranlassungsgründe eine Untersuchung gegen eine bestimmte Person angestellt werde. Auf die sorgfältige Herstellung des Thatbestandes dringen die §. 49 — 66. mit Bezeichnungen der wichtigsten Handlungen, welche bei den Hauptarten der Verbrechen hiezu erforderlich sind.

Die Trennung der Vor- und der Hauptuntersuchung billigen die Motive (S. 138.) nicht, weil sich eine genaue Absonderung nicht machen lasse, und weil die Forderung, daß ein Interlocut auf die Specialuntersuchung erkenne, zur Verzögerung des Verfahrens führen würde. — Dagegen schreiben die §. 67 — 72. vor, daß wenn das Gericht erkennt, daß der Verdacht, daß eine bestimmte Person ein Verbrechen verübt habe, so weit begründet ist, daß die Untersuchung gegen sie angestellt werden kann, das Gericht über den Beschluß ein Protokoll aufnehme, dem Angeschuldigten, daß und wegen welcher Handlungen er zur Untersuchung gezogen werde, eröffne, und die Gründe, welche das Gericht bestimmt haben, aktenkundig mache; jedoch fällt die Nothwendigkeit dieser Beschlußnahme weg, wenn der Angeschuldigte wegen des in Frage stehenden Verbrechens bereits in Haft gekommen, oder des Verbrechens geständig ist, oder wenn das höchste Maaß des in Frage stehenden Verbrechens 3 Monate Gefängniß nicht übersteigt. Der gefaßte Beschluß, von dessen Bekanntmachung an die Nachtheile für die Ehrenrechte eintreten, kann nur durch richterliches Erkenntniß oder Verordnung der höhern Behörde wieder aufgehoben werden. Die Motive (S. 140.) hoffen, daß durch diese Vorschriften der Richter veranlaßt werde, genau zu erwägen, ob hinreichender Grund zur Fortstellung der Untersuchung vorhanden und gegen welche Person sie zu richten sey; der Angeschuldigte erhalte dadurch größere Sicherheit. Wir sind überzeugt, daß diese Bestimmungen den Zweck nicht erreichen werden, welchen der Gesetzgeber sich vorsetzt, und die Erfahrung der Länder, in welchen ähnliche Einrichtungen vorkommen, belehrt darüber zur Genüge. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Inquirent, welcher die Untersuchung anfängt, von einer gewissen Meinung, daß die Handlung ein Vergehen und daß der Verdacht gegen eine Person er-

nehlich sey, ergriffen werde. Muß nun auch der Inquirent bei sich eine Berathung pflegen, so wird diese in den meisten Fällen werthlos seyn. Nur eine Berathung mit Mehreren, die als Inquirenten nicht befangen sind, welche auch andere Ansichten aufstellen, läßt hoffen, daß durch die Abwägung der verschiedenen Gründe die Wahrheit zu Tage gefördert werde. Ein Hauptpunkt der Prüfung bei dieser Schlußfassung ist der: ob die Handlung ein Vergehen enthalte. Hier lehrt die Erfahrung, daß Männer, welche nicht selbst längere Zeit als urtheilende Richter thätig waren, selten die nöthige Kenntniß haben, um zu beurtheilen, ob etwas ein Vergehen sey. Wie oft liegt die Frage: ob etwas Betrug oder nur eine unerlaubte aber strafloſe Uebervortheilung sey, oder ob Diebstahl oder nur Selbsthülfe vorliege, ob ein Anfang der Ausführung einen strafbaren Versuch begründet, oder nur Vorbereitungshandlung ist, auf schmaler Gränze! Die Erfahrung aller Länder lehrt, daß sehr viele Untersuchungen in Fällen, in denen die eben bezeichneten Fragen vorliegen, angefangen werden, weil die Inquirenten zu sehr geneigt sind, Verbrechen anzunehmen, während erst am Schlusse einer kostspieligen oft lange dauernden Untersuchung das Criminalgericht, an welches die Akten eingesendet werden, erkennt, daß keine Untersuchung hätte eingeleitet werden sollen, weil die Handlung unter kein Strafgesetz subsumirt werden kann. Wie wohlthätig bewährt sich nach der Erfahrung die Einrichtung des französischen Prozesses, nach welcher der Untersuchungsrichter der Rathskammer Bericht über die von ihm begonnenen Untersuchungen erstatten muß! Nach den Criminaltabellen wird in einer großen Zahl von Fällen die Untersuchung als nicht begründet erkannt; und der Verfasser dieses Aufsatzes weiß nach eingezogenen Erkundigungen, wie häufig dabei die Ansicht des *Untersuchungsrichters* auf die Fortsetzung der Procedur ge-

richtet ist. Die von dem Entwurfe vorgeschlagene Einrichtung wird daher die erwarteten wohlthätigen Früchte nicht haben. In Bezug auf die Verhaftung wird zwar in §. 78. dem Untersuchungsrichter eingeschärft, dafür zu sorgen, daß nicht durch die Verhängung oder durch die Dauer der Haft dem Angeschuldigten ein Uebel zugefügt werde, welches mit der zu erkennenden Strafe im Mißverhältniß steht; durch die Vorschrift des §. 78, nach welcher die Verhaftung nicht Statt finden soll, wenn entweder nach der Persönlichkeit des Verdächtigen oder nach der Größe der bevorstehenden Strafe zu besorgen ist, daß derselbe sich der Untersuchung durch Flucht entziehen oder seine Freiheit zur Verdunkelung der Wahrheit mißbrauchen werde, ist eine große Gewalt in die Hände des Untersuchungsrichters gelegt. Die Anweisung zur Vernehmung des Angeschuldigten ist, wie wir glauben, mit Recht, einfach und beschränkt sich nur auf eine allgemeine Instruction. In Bezug auf die Verweigerung der Antwort durch den Angeschuldigten soll, wenn die Ermahnung, in welcher er auf die Nachtheile seines Benehmens aufmerksam zu machen ist, fruchtlos war, in verschärftem Gefängnißzwange bis 14 Tagen bleiben, und wenn auch dieser Zwang fruchtlos ist, so ist die Untersuchung fortzusetzen und rechtlich zu erkennen. Ist nicht hinreichender Beweis gegen den Angeschuldigten vorhanden, so ist doch, sofern nicht dessen Freisprechung den sonst erlangten Ergebnissen der Untersuchung zufolge unbedenklich fällt, die Strafe, welche ihn treffen würde, wenn er das Verbrechen eingeräumt hätte, jedoch mit dem Zusatze zu erkennen, daß diese so lange zu vollstrecken, als der Angeschuldigte nicht die geforderte Beantwortung ertheilt. Wegen überwiesener Lügen kann das Gericht verschärftes Gefängniß bis zu 3 Tagen *erkennen.* Die Motive S. 143. geben als Rechtfertigungsgrund dieser Vorschrift an, daß als Grund dieses

hartnäckigen Benehmens in der Regel nur der angenommen werden könne, daß der Angeschuldigte im Gefühle seiner Schuld besorgt, durch eine specielle Auslassung bei der Vernehmung sich zu verrathen, und daß es ja auf dem eigenen Entschlusse des Angeschuldigten beruht, die Folgen der Hartnäckigkeit durch eine Antwort zu sistiren. In diesen Vorschriften bemerkt man wenigstens einen dankenswerthen Fortschritt, daß keine körperliche Züchtigung mehr als Folge des Ungehorsams gestattet ist; allein dennoch kann die vorgeschlagene Vorschrift nicht gebilligt werden. Es steht diese Folge der fortdauernden Einsperrung und das Aussprechen einer Strafe gegen eine Person, die nicht des Verbrechens überwiesen ist, in einem die öffentliche Meinung und die Forderungen der Gerechtigkeit verletzenden Widerspruche. Auf die Vermuthung der Schuld kann keine Strafe gebaut werden. Die Motive bauen zuviel auf die Vermuthung des Schuldbewußtseyns; dem Verfasser ist ein Fall bekannt, wo ein Angeschuldigter beharrlich schwieg, weil er durch seine Antwort nothwendig seinen Bruder, der dies Verbrechen verübte, hätte verrathen müssen, und dies nicht wollte. Es ist auch nicht einzusehen, wie nur die Strafe in einem solchen Falle, wo es am Geständnisse und an dem Beweise fehlt, gerechter Weise ausgemessen werden kann. Ohnehin kann die Fassung des §. 96. nicht stehen bleiben; denn wenn z. B. Jemand eines todeswürdigen Verbrechens beschuldigt ist und beharrlich schweigt, so würde es doch Niemanden einfallen, in contumaciam die Todesstrafe zu erkennen. Es scheint aber auch inconsequent, eine Strafe gegen denjenigen, der die Antwort weigert, eben so zu erkennen, als ob er eingestanden hätte, während da, wo er zwar Antwort giebt, aber ununterbrochen lügt, nur mit der Lügenstrafe bis 3 Tagen Gefängniß bestraft, am Ende aber doch von der Instanz *losgesprochen wird*. — In Bezug auf die Aufnahme des

Beweises kommen (§. 99—122.) manche praktisch wichtige Anweisungen vor. Der Entwurf hütet sich vor jener Masse von Vorschriften, welche die freie Bewegung des Inquirenten lähmen und in ihrer Allgemeinheit eher irre führen, statt sicher zu leiten. Auch das Kap. VIII. über die Beweiskraft der verschiedenen Beweismittel verdient besondere Beachtung. Aus den Motiven S. 147. geht hervor, daß man eine gesetzliche Beweistheorie nicht aufstellen, sondern dem Richter die Befugniß geben wollte, nach innerer Ueberzeugung zu erkennen, mit der Verpflichtung, durch Entscheidungsgründe sein Urtheil zu rechtfertigen. Nur wenige bindende Normen sind aufgestellt. Auch in Bezug auf den Indicienbeweis kommen nur (§. 133.) allgemeine Andeutungen über die Rücksichten vor, welche den Richter leiten sollen. Bei der Wichtigkeit der Frage: ob eine gesetzliche Beweistheorie möglich und wünschenswerth ist, verdienen die neuesten legislativen Versuche über diesen Gegenstand eine besondere Prüfung, die in dem folgenden Aufsatze unternommen werden soll. Dort muß auch von den Vorschriften des vorliegenden Entwurfs die Rede seyn. — Als eine wesentliche Verbesserung des deutschen Prozesses enthält der §. 139. die Vorschrift, daß der Angeschuldigte darauf antragen kann, daß sein Vertheidiger bei dem Schlußverhöre gegenwärtig sey; man muß zugeben, daß in manchen Fällen der Vertheidiger im Interesse seines Schützlings schon in diesem Schlußverhöre thätig seyn kann; allein wir glauben, daß die Vorschrift doch nur eine halbe Maaßregel ist. Nach §. 136. soll die Vorlegung der Akten an den Vertheidiger nach hinreichender Vorbereitung der Untersuchung geschehen, wenn der Angeschuldigte den Vertheidiger gewählt hat. Nach §. 138. kann der Vertheidiger auch auf *Aussetzung des* Schlußverhörs und nachträgliche Ermittelung *gewisser Umstände* zur Vervollständigung der Untersuchung

antragen. Welche Befugnisse der Vertheidiger bei dem Schlußverhöre selbst hat, ist im Entwurfe nicht angegeben. Der Vertheidiger muß dabei den Inhalt der Akten als treu und vollständig aufgezeichnet betrachten. Ob der Zeuge wirklich so aussagte, wie es im Protokolle steht, ob er Alles, was er wußte, angab, ob die Fragen, so wie sie protokollirt sind, gestellt wurden, weiß der Vertheidiger nicht. Er kann sich nur an das halten, was der Angeschuldigte in der abgehaltenen vertraulichen Unterredung dem Vertheidiger mittheilt. Ob der Vertheidiger im Verhöre darauf antragen darf, daß gewisse Fragen an den Angeschuldigten gestellt werden, erkennt man aus den Vorschriften des Entwurfs nicht. Wir glauben diese Befugniß im Geiste des Entwurfs annehmen zu dürfen. Der Vertheidiger kann dabei wenigstens in sofern wohlthätig wirken, als er, wenn die früheren Aussagen des Angeschuldigten unrichtig oder unvollständig aufgezeichnet waren, für die Berichtigung sorgt, und dafür thätig ist, daß die Erklärungen des Angeschuldigten, die für seine Vertheidigung wichtig sind, aber bisher nicht gehörig in den Akten vorkamen, jetzt erhoben werden und die urtheilenden Richter vollständigere Materialien erhalten. Von einer besondern Wichtigkeit sind nun die Motive, welche sehr ausführlich dem Entwurfe beigefügt sind und die Rechtfertigung der Beibehaltung der Grundlagen des deutschen schriftlichen Prozesses enthalten. Der Verfasser der Motive war genöthigt, dabei die Frage, ob das mündliche öffentliche Verfahren Vortheile habe, zu prüfen. Auf diese Art ist die Mündlichkeit (S. 82.), die Oeffentlichkeit der Verhandlungen (S. 98.), das Geschwornengericht (§. 140.), das Anklageverfahren (S. 122.) Gegenstand ausführlicher Erörterungen. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes gesteht offen, daß er durch die gegen die Mündlichkeit und *Oeffentlichkeit* vorgebrachten Gründe nicht zu einer andern

Ueberzeugung gebracht wurde, als er in früheren Aufsätzen in diesem Archive zu begründen suchte. Eine Widerlegung der in den Motiven aufgestellten Ansichten hat der Verfasser an einem andern Orte versucht [1]). Die gegen die Staatsanwaltschaft in den Motiven vorgebrachten Gründe sollen in dem nächsten §. geprüft werden. Wenn man aber auch den Motiven nicht zustimmen kann, so muß man doch erkennen, daß die Darstellung dem Verfasser der Motive Ehre macht. Ueberall bewährt sich der Mann, der mit dem Gegenstande sich vertraut gemacht hat, von dem redlichsten Streben nach Wahrheit geleitet wird und die Aufgabe des Strafprozesses würdig erfaßt. Unfehlbar spricht sich in den Motiven ein praktischer edler Geist aus, der das Gute will. Hätte der Verfasser Gelegenheit gehabt, längere Zeit, nicht blos auf einer Reise durch Theilnahme an Assisensitzungen, in dem ganzen Detail die Anwendung der Gesetze in Ländern, in denen das öffentliche mündliche Verfahren besteht, zu beobachten; hätte er die Stimmen der Praktiker jener Staaten gesammelt, welche im Interesse der Staatsregierung selbst und der Nothwendigkeit die Zahl der Mittel zu verstärken, Schuldige zur verdienten Strafe zu ziehen, die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit vertheidigen; hätte er manche scheinbare Nachtheile, welche im Zusammenhange mit den Geschwornengerichten das öffentliche mündliche Verfahren erzeugen kann, wohl von diesem Verfahren gesondert, wenn es vor rechtsgelehrten Richtern Statt findet: so würde er gewiß zu der Ueberzeugung gekommen seyn, daß nur das auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaute Verfahren eine Grundlage gewährt, bei welcher die Erreichung des Zwecks des Strafprozesses möglich ist, und am meisten den Verhältnissen eines constitutionellen Staats entspricht.

---

1) In der Zeitschrift für das Strafverfahren, herausgegeben von Julius und Köllner.

Die Zeit ist nahe, wo man allgemein erkennen wird, daß jede auch noch so redlich gemeinte Verbesserung des deutschen Strafprozesses nicht die Vortheile gewährt, welche das mündliche Verfahren giebt. Beklagen muß man auch, daß der Verfasser, da wo er das mündliche Verfahren angreift, eine Gründe nur von den in Frankreich geltenden Einrichtungen ableitet, statt das Verfahren auch in andern Ländern, in welchen es durchgeführt ist, zu betrachten, und zu den Ideen, welche demselben zu Grunde liegen, sich zu erheben.

§. X. Inquisitionsprozeß. Anklageverfahren. Staatsanwaltschaft.

Ein großer Theil des Streits über die Nothwendigkeit der Umgestaltung des Strafverfahrens dreht sich um die Frage: ob der deutsche Inquisitionsprozeß beibehalten oder durch den Anklageprozeß ersetzt, oder ob und in wiefern eine Verbindung beider Principien eingeführt werden soll. Sowohl bei Berathung des würtembergischen Entwurfs in der zweiten Kammer [2]) wurde von der Staatsregierung wie von einer großen Zahl der Mitglieder der Kammer der Inquisitionsprozeß als der zweckmäßigere vertheidigt, und die Furcht vor der Einführung der Staatsanwaltschaft auf die Weise, wie sie in Frankreich besteht, war so groß, daß die Mehrheit der Kammer [3]) gegen die Ernennung eigentlicher Staatsanwälte sich erklärte. Auch in den Motiven zum neuen Entwurfe einer Strafprozeßordnung für die preußischen Staaten [4]) wird das Institut

2) Verhandlungen der 2ten Kammer in der 7ten Sitzung vom 3. Novbr. 1841. Bei der Abstimmung wurde der Antrag auf Einführung des Anklageverfahrens in der Hauptuntersuchung mit 58 Stimmen gegen 23 verworfen. Protokolle S. 78.

3) In der 24sten Sitzung, Protokolle der Verhandlungen der 2ten Kammer über jene Sitzung S. 88.

4) Motive S. XLVI — LXIII.

der Staatsanwaltschaft angegriffen. Man behauptet, daß man sich zur Vertheidigung desselben auf die Vorzeit nicht berufen könne, weil es damals, wo es keine stehenden Gerichte, keine Polizei gab, eines Beamten bedurfte, welcher Verbrechen nachspürte und sie zur gesetzlichen Rüge brachte, wo die Beamtenwillkür größer und durch keine Controle in Schranken gehalten war, während bei uns die glücklichen Verhältnisse das Bedürfniß eines solchen Beamten aufgehoben haben, und dem deutschen Charakter der Anklageprozeß und ein mit dem Geschäfte der Verfolgung beauftragter Beamte zuwider sey. Auf Frankreich dürfe man sich nicht berufen, weil dort eigenthümliche Verhältnisse die Staatsanwaltschaft eingeführt und die Fortdauer des Anklageprozesses bewirkt hätten. Wollte man dem Staatsanwalte die Ueberwachung und Aufsicht über die Geschäftsführung der Gerichte geben, so sey dies unnöthig in Deutschland nach der unabhängigen Stellung der Gerichte; es wäre kein Grund da, den Gerichten Mißtrauen zu beweisen, und die Einführung des Instituts würde leicht den Glauben an die Tendenz der Regierung begründen, durch solche Organe auf die Rechtspflege einzuwirken. Zur Entdeckung von Verbrechen bedürfe man, wie die Motive S. LVI. auszuführen suchen, keines Staatsanwalts, da bisher die Polizei hinreichend dafür thätig gewesen sey und die Mittel besitze, diese Aufgabe zu erfüllen, durch die Unterordnung der Polizei unter den Staatsanwalt vielfache nachtheilige Verwickelungen entständen und diesem Beamten eine zu große Willkür eingeräumt würde. Die Wiedereinführung eines öffentlichen Anklägers würde (nach den Motiven S. LXVIII.) ein antinationales Unternehmen seyn. — In einem ähnlichen Sinne erklären sich die Motive zu dem königl. sächsischen Entwurfe [5]). Es wird

5) Motive S. 122

darin zugegeben, daß im mündlichen öffentlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft nothwendig sey; allein da, wo der Strafprozeß nicht auf den Principien der Mündlichkeit beruhe, wäre das Institut nicht nothwendig. Die oft entgegengestellte Behauptung, daß im Inquisitionsprozesse der Richter eine dreifache Rolle, die des Anklägers, Richters und Vertheidigers übernehmen müsse, wird für irrig erklärt. Nur eine aus dem Civilprozeß entnommene und aus dem ihm nachgebildeten Accusationsprozeß fortgeerbte Ansicht habe zu der Annahme geführt, daß es im Strafprozeß einander gegenüberstehender Parteien bedürfe. Die Aufgabe der Untersuchung, Wahrheit herzustellen und sie von allen Seiten zu erforschen, ob Schuld oder Unschuld an den Tag zu bringen, setze keine widerstreitenden Interessen und kein Zusammentreffen widersprechender Pflichten voraus, deren jede einem besondern Subject übertragen werden müsse; der Untersuchungsrichter in Deutschland habe keine widersprechende Aufgabe. Die Motive geben zu, daß durch Aufstellung einer eigenen Behörde, um Verbrechen und ihre Urheber zu erforschen, Beweismittel zu sammeln und Anträge an das Untersuchungsgericht zu stellen, die Mittel Verbrecher zu entlarven verstärkt würden; allein es bedürfe dieser neuen Behörde nicht, da die Polizei schon diese Aufgabe habe, und es würde eine Härte gegen den Angeschuldigten seyn, wenn man in die Strafrechtspflege ein Organ einschieben wollte, dessen Beruf es seyn sollte, als Partei den Angeschuldigten zu verfolgen. Eine Einrichtung einzuführen, um gegen zu gelinde Urtheile Rechtsmittel einzulegen, hätte man, wie die Motive S. 124. erklären, keine Veranlassung gefunden. — Am Schlusse wird der Satz aufgestellt, daß mit der Entwickelung der menschlichen Gesellschaft und Civilisation der Inquisitionsprozeß nothwendig das Anklageverfahren verdrängen mußte.

Die Läuterung der Begriffe von Recht und von der Pflicht

des Staats, von Amts wegen Verbrechen zu verfolgen und zu bestrafen, das Bemühen das Geständniß zu erlangen, da schon nach christlicher Ansicht in dem Bekenntnisse der Anfang und die Bedingung der Besserung liege, hätten auf den Inquisitionsprozeß nothwendig geführt.

Die Betrachtung der Verhandlungen in den Ständeversammlungen über Inquisitions- und Anklageprozeß und die in den bisher angeführten Motiven angegebenen Gründe beweisen, daß noch große Unklarheit über das Verhältniß der beiden Prozeßarten und über die wahre Natur und Stellung des Staatsanwaltes herrscht. Schon die Ansicht, daß im Inquisitionsprozesse nicht, wie in dem Anklageverfahren, zwei Parteien sich gegenüberstehen und collidirende Interessen begründet seyen, ist eine irrige. Man kann zwar gern zugeben, daß die Regierung in der Regel nicht feindselig einen bestimmten Angeschuldigten verfolgt (obwohl auch in aufgeregten Zeiten bei politischen Verbrechen das Vorkommen solcher einseitigen, wohl nicht im reinen Interesse der Wahrheit geleiteten Verfolgungen nicht geläugnet werden kann). Gern giebt man zu, daß die Staatsregierung die Entdeckung der Wahrheit und in der Verfolgung des Angeschuldigten nicht ausschließlich seine Schuld herstellen will; allein es liegt in jedem Strafprozesse an sich ein Widerspruch von Behauptungen, indem die bürgerliche Gesellschaft ihre Rechte, aus verübten Verbrechen ihr Interesse daß der Uebertreter entdeckt werde, verfolgt, zu diesem Zwecke eine bestimmte Person als dringend des Verbrechens verdächtig beschuldigt und alle gesetzlichen Mittel anwendet, um auszumitteln, ob der Angeschuldigte wirklich der Verbrecher sey, während der letzte den in dieser Beschuldigung liegenden Angriff von sich abwehrt und entweder seine Schuldlosigkeit oder geringere *Schuld* behauptet. Auch im Anklageprozesse, vorzüglich *wie er bei* steigender Bildung sich entwickelt, insbesondere

wenn ein öffentlicher Ankläger auftritt, tritt der Ankläger nicht mit der positiven Behauptung, daß der Angeklagte schuldig sey, auf; er beschuldigt ihn nur als des verübten Verbrechens dringend verdächtig; er trägt darauf an, daß man ihn jenem Verfahren[6]) unterwerfe, welches durch die entschiedene Richtung der Anklage gegen den Angeklagten, den Zweck die Wahrheit herzustellen, bewirkt wird, und wenn er schuldig ist, ihn zu überweisen. Dies Verfahren ist selbst nur ein Versuch[7]), der auf gesetzliche Weise darauf berechnet ist, die Schuld des Angeklagten auszumitteln. Eben dies geschieht in dem Inquisitionsprozesse; der Angeschuldigte, gegen welchen die Specialuntersuchung (Hauptuntersuchung) erkannt wird, ist dadurch als dringend verdächtig des verübten Verbrechens erklärt, und wird auf die Weise desselben beschuldigt, daß darin der Sache nach eine Anklage gegen ihn liegt. Auch die geschichtliche Auslegung des Inquisitionsprozesses zeigt seine Abstammung aus dem Anklageprozesse. Der üble Ruf (infamatio) oder die denunciatio sollte nach den Ansichten der alten Quellen die Stelle der Anklage vertreten; es sollten nur die lästigen Beschränkungen, die den eigentlichen Ankläger treffen, im Inquisitionsprozesse wegfallen; der Inquirent wird aber wie ein Ankläger oder die Stelle eines Anklägers vertretend betrachtet. Was da, wo ein Staatsanwalt thätig ist, dieser thut, liegt im Inquisitionsprozesse dem Inquirenten ob; nur die förmliche Anklage fehlt bei der zweiten Form; aber in der Sache stehen sich immer zwei Parteien in sofern gegenüber, als der Staatsanwalt oder Inquirent das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, daß der

6) Mag man dies judicium publicum wie bei den Römern, Verfahren vor der Assise wie in Frankreich, oder trial wie in England heißen.

7) Der englische Ausdruck: trial, bezeichnet dies sehr passend, da das alte Wort triare (jetzt noch trier) versuchen bedeutet.

Schuldige bestraft werde, durch die Beschuldigung einer bestimmten verdächtigen Person und durch die Thätigkeit alle Beweise der Schuld zu sammeln und zu benutzen, geltend macht, während der Angeschuldigte diesen Angriff von sich abwehrt. Nicht zustimmen kann man der Ansicht, daß das Volk mit Unwillen und Ungunst eine eigene Behörde, die zur Verfolgung der Verbrechen aufgestellt ist, betrachte [8]). Es scheint eine Täuschung zu seyn, wenn man glaubt, daß das Volk nicht in dem deutschen Untersuchungsrichter eben so den Beamten erkennt, der vermöge seiner Pflicht jede Spur eines begangenen Verbrechens und die desselben Verdächtigen verfolgen muß; so wenig eine Ungunst des Volks auf dem Inquirenten lastet, eben so wenig wird dies der Fall seyn, wenn Staatsanwälte aufgestellt werden. Frage man doch die öffentliche Stimme in Frankreich und in den Rheinprovinzen, in Italien, in Schottland (wo der Lord-advocate das Amt des Staatsanwaltes hat), ob die Beamten der Staatsbehörde mit Ungunst betrachtet werden. Wohl werden sie von den Verbrechern und Personen, die ein böses Gewissen haben, gefürchtet, aber von allen wohlgesinnten Bürgern geachtet. Ist dies anders, so liegt die Schuld nicht am Justitute der Staatsanwaltschaft, sondern an den Männern, welche die Würde ihres Berufes nicht verstehen und durch die Leidenschaftlichkeit ihrer Verfolgungen sich selbst schaden. Der deutsche Untersuchungsrichter und der französische Staatsanwalt werden nur dann mit Ungunst betrachtet werden, wenn sie ihre Stellung mißbrauchen. Es ist eine irrige Ansicht, wenn man den Staatsanwalt als den Beamten sich vorstellt, der einseitig mit Heftigkeit bei

8) Mit Recht erklärt sich auch Lemann, über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens, S. 61. gegen die Behauptung, daß das Institut der Staatsanwaltschaft dem deutschen Charakter zuwider sey.

dem leiſeſten Verdachte die Bürger verfolgt und ſeinen Stolz darin findet, durch jedes Mittel zu wirken, daß der Verdächtige für ſchuldig gefunden werde. Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes hat Gelegenheit gehabt, ſowohl in verſchiedenen Gerichtsbezirken Frankreichs als in den Rheingegenden die Stellung und Wirkſamkeit der Beamten der Staatsbehörde und die öffentliche Stimme über ſie zu beobachten; er iſt ſchuldig zu erklären, daß im Allgemeinen die Männer, welche der Staatsbehörde angehören, hochgeachtet ſind und nicht blos durch die Energie, mit der ſie Schuldige verfolgen, ſondern auch durch ihr Benehmen, wenn ſie erkennen, daß die begonnene Unterſuchung zwecklos oder der Verdacht geſchwächt iſt, beweiſen, daß ſie die Aufgabe des Staatsanwalts würdig gefaßt haben. Wer nur einigermaßen mit dem Gange der franzöſiſchen Juſtiz vertraut iſt, weiß, daß der Staatsanwalt nicht ſelten in der Formel: je me rapporte à la sagesse des Jurés, ausſpricht, daß er die Anklage aufgebe [9]). Aus den in den Motiven zum ſächſiſchen Entwurfe S. 126. vorgebrachten Gründen folgt nur, daß bei ſteigender Civiliſation der reine Anklageprozeß, der blos auf Anklage des verletzten Privatmannes in einem dem Civilprozeſſe nachgebildeten Verfahren nicht beſtehen und allmählig das öffentliche Intereſſe, das im Strafrechte zum Grunde liegt und die würdigere Anſicht von Strafe zu inquiſitoriſchen Elementen in dem Verfahren in ſofern führen wird, als der Staat in dieſem Intereſſe die Verfolgung der Verbrechen betreibt, und nicht nach den Anträgen eines Privatanklägers thätig iſt. Es iſt aber ein ſtarker Sprung, wenn man deßwegen, weil eine ſolche amtliche Thätigkeit im

9) Trefflich ſpricht ſich darüber de Vaulx (ſelbſt ein als Menſch und Beamter hochgeachteter langjähriger Generaladvokat in Colmar) in der Zeitſchrift für ausländiſche Geſetzgebung aus. *VII. S 288.*

öffentlichen Interesse nothwendig ist, zu der Rechtfertigung des Inquisitionsprozesses gelangt, wie er in Deutschland vorkommt, und dabei zugleich vergißt, daß auch der Staatsanwalt diese nothwendige amtliche Thätigkeit ausübt. Wir sind bereit, denjenigen, welche den Inquisitionsprozeß, wie er in Deutschland vorkommt, als ein Produkt der fortgeschrittenen Civilisation, die den Anklageprozeß verdrängen mußte, darzustellen versuchen, aus der Geschichte des gerichtlichen Verfahrens, wie es sich in den einzelnen deutschen Staaten in den drei letzten Jahrhunderten ausbildete, nachzuweisen, daß nur durch ein Zusammenwirken vieler Umstände, insbesondere durch die sehr mangelhaften politischen Verhältnisse in Deutschland seit dem Ende des 16ten Jahrhunderts, durch den Verfall des öffentlichen Geistes, durch Mißverständnisse der Juristen, und durch eine ungeeignete Stellung der Polizeigewalt der Inquisitionsprozeß, wie er zuletzt vorkam, sich ausgebildet hat [10]). Sehr irrig ist es aber auch, wenn man den Ursprung der Staatsanwaltschaft in Frankreich nur im Zusammenhange mit den in jenem Lande vorkommenden Verhältnissen sucht, statt zu erkennen, daß das Institut eine weit tiefere germanische Wurzel hat und allgemein verbreitet war. Es ist ein großer Irrthum, wenn mein edler Freund Carmignani [11]) in seiner Geschichte der Staatsanwaltschaft diesem Institute nur eine politische Bedeutung beilegt, die sie eigentlich nur in Frankreich im Verhältnisse der königlichen Macht zu den Parlamenten erhalten habe. Er hat die besonderen Umstände, die in jenem Lande das Institut wichtig machten, mit der Idee selbst verwechselt, die es erzeugte. Mit

---

10) Auch Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht VI. S 354. weiset mit Recht nach, wie lange sich in Deutschland der Anklageprozeß erhielt.

11) In den Annali di giurisprudenza. Firenze 1841. Vol. I. Fasc. 1. p. 19 — 39. Fasc. 2. p. 73.

Recht haben sich in Italien die Stimmen von zwei geachteten Schriftstellern, Ferrariis[12]) und des Grafen Sclopis[13]) erhoben, um den innern Werth der Anstalt und die früheren Spuren des Instituts in Italien zu zeigen. Schon in den legibus Wisigothorum und Longobardorum kommen Beamte vor, deren Stellung auf die Verfolgung des öffentlichen Interesse insbesondere in Bezug auf verübte Verbrechen deutet. Der advocatus magnae curiae, der nach einer Urkunde von 1231 wegen Verbrechen inquisitio zu machen hat[14]), die avogadori in Venedig[15]) und die conservatori de leggi in Florenz[16]) waren Beamte, deren Wirksamkeit die Idee der Staatsanwaltschaft zum Grunde lag. Die mit großer Gelehrsamkeit und Sachkenntniß geschriebene Abhandlung von Ramm[17]) hat die Allgemeinheit des obengenannten Instituts in den Rechtsquellen des Mittelalters sehr gut nachgewiesen. Die Ausbildung der Staatsanwaltschaft in Spanien[18]) wie in Schottland[19]) lehrt eine tiefere Wurzel des Instituts in den germanischen Ländern, ohne daß man nöthig hat, dasselbe aus Frankreich abzuleiten. Alles kommt nun auf die Frage an, ob dies wahrhaft germanische Institut, wenn von der durchgreifenden Verbesserung

12) Annali di giurisprudenza. Torino 1841. Band II. p. 402.

13) Della autorità giudiziaria di Fed. Sclopis. Torino 1842. p 90 u. p. 152.

14) Curti in Pagano considerazioni sul processo criminale, im Anhang.

15) Saggio sulla storia civile politica degli stati della republica di Venezia dell' a. Tentori. Vol. II. p. 371.

16) Sclopis dell' autorità p. 152. 156.

17) De ministerii publici origine in criminum causis inprimis in patria nostra, auctore Ramm. Trajecti 1840.

18) Eine gute Darstellung der Ausbildung der Staatsanwaltschaft in Spanien — s. von Tejada in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgeb. Bd. XIV. S. 26.

19) Mein Strafverfahren I. S. 263.

des Strafverfahrens die Rede ist, den Vorzug vor jener Form verdient, nach welcher, wie bisher in Deutschland dem nämlichen Beamten die Pflicht obliegt, die Spuren verübter Verbrechen zu sammeln, Untersuchungen gegen diejenigen einzuleiten, welche er verübter Verbrechen verdächtig hält, ohne Anträge Anderer abzuwarten und die Untersuchungen so lange fortzuführen, bis er glaubt, daß hinreichender Stoff gesammelt ist, um über die Schuld oder Unschuld des Verdächtigen zu entscheiden. Nur dasjenige Verfahren ist das beste, welches am meisten Sicherheit gewährt, daß verübte Verbrechen entdeckt, die Schuld derjenigen, welche dieselben begingen, ausgemittelt, daß aber auch keine unnöthigen Prozesse geführt, dem Angeschuldigten die Mittel seiner Vertheidigung gehörig gesichert und die Materialien der Urtheilsfällung in ihrem wahren Zusammenhange und dabei so geordnet vorgelegt werden, daß eine gerechte Urtheilsfällung den Richtern möglich gemacht wird. Wir sind überzeugt, daß diese Aufgabe durch Einführung der Staatsanwaltschaft besser erreicht werden kann, als durch die deutsche Form, welche von dem Inquirenten die Eröffnung und Fortsetzung der Untersuchung abhängig macht.

1. Durch die Stellung des deutschen Inquirenten und die ihm aufgedrungene Vereinigung von dreifachen Pflichten, nämlich des Anklägers, des Richters und des Vertheidigers, wird ein der Erreichung des Zwecks des Strafprozesses ungünstiges Verhältniß herbeigeführt. Man hat zwar in den oben angeführten preußischen und sächsischen Motiven es geläugnet, daß wahrhaft eine solche Vereinigung der Pflichten vorliege, und daß der Inquirent wie der Ankläger handle; allein mit Recht haben neuere

lich wieder Hepp [20]), Molitor [21]) und Leman [22]) nachgewiesen, daß als eine der wichtigsten Einwendungen gegen den Inquisitionsprozeß die dem Inquirenten darin aufgebürdete Erfüllung kollidirender Pflichten begründet sey. Eine genaue Betrachtung des Verfahrens und der Lage des Inquirenten in den verschiedenen Abschnitten des Prozesses wird die Grundlosigkeit der Einwendung darthun. Bei Eröffnung eines Strafprozesses ist es der Inquirent, welcher, wenn ihm Anzeigen verübter Verbrechen zukommen, im Namen des Staats die Spuren des Verbrechens zu verfolgen, und auszumitteln hat, ob es verübt ist und welche Person daran Theil nahm; zugleich aber auch Handlungen vornehmen muß, um die Entdeckung des Schuldigen zu bewirken. Diese Handlungen sind Ausfluß des Richteramts und ihre Vornahme ist bedingt durch vorgängige Entscheidung gewisser That- und Rechtsfragen. Der Untersuchungsrichter, welcher den Angeschuldigten verhaften läßt, oder Haussuchung anordnet, spricht darin, wie der Ankläger es thut, die Beschuldigung aus, daß der Angeschuldigte dringend eines verübten Verbrechens verdächtig ist, und fällt zugleich das Urtheil, daß die gegen den Angeschuldigten vorliegenden Thatsachen erhebliche Verdachtsgründe enthalten, und daß die That, deren der Verdächtige beschuldigt wird, nach den Gesetzen ein strafbares Verbrechen enthalte. Wenn z. B. Jemand im Falle eines begangenen Mordes verhaftet wird, weil nach den vorliegenden Umständen der Angeschuldigte ein vorzüg-

---

20) Hepp Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens. Tübingen 1842. S. 35.

21) Molitor in seinem Aufsatze im Gebiete der Criminalrechtspflege, in v. Jagemann und Möllner's Zeitschrift für Strafverfahren, Bd. III. S. 24.

22) Leman über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens in den preuß. Staaten. Berlin 1842. S. 35.

liches Interesse hatte, den Andern, der mit Strenge gewisse Forderungen geltend machte, aus dem Wege zu räumen, so setzt dieser Akt der Verhaftung das Urtheil voraus, daß die vorgekommenen Thatsachen hinreichend erwiesen und stark genug sind, ein Interesse an der Verübung der That zu begründen. Wenn dem Untersuchungsrichter die Anzeige gemacht wird, daß der Kaufmann A., der von dem Denuncianten B. Waaren in Commission erhielt, und dem ein Limitopreis gesetzt war, die Waaren um einen höhern Preis verkauft, aber die das Limito übersteigende Summe für sich behalten und dadurch ein Verbrechen verübt habe; so muß er, ehe er gegen den A. einschreitet, urtheilen, ob die Handlung, wenn sie erwiesen ist, nach den Gesetzen einen Betrug oder eine Unterschlagung begründet. Erst nach der bejahenden Antwort dieser Frage kann von einer Criminaluntersuchung gegen A. die Rede seyn. Es ist nun die größte Selbsttäuschung der Vertheidiger des Inquisitionsprozesses, wenn sie behaupten, daß in diesen Fällen der Inquirent nicht zugleich Ankläger und Richter sey, und die Erfüllung der Richterpflicht durch die Stellung als Ankläger nicht leide. Durch das Einschreiten gegen eine Person, durch die ersten Untersuchungshandlungen tief eingreifender Art, z. B. Haussuchung oder Verhaftung, tritt nothwendig schon eine Befangenheit des Inquirenten ein. Wie oft befindet sich der Untersuchungsrichter bei Eröffnung der Untersuchung schon in einer delikaten Lage! Aufträge von vorgesetzten Stellen, die ihm Anzeigen verübter Verbrechen mittheilen und schon gewisse Personen als verdächtig bezeichnen, oder Anzeigen einflußreicher Männer wegen erlittener Beschädigung mit Angabe des Verdachts gegen einen bestimmten Verdächtigen fordern den Inquirenten zur Thätigkeit auf. Er *weiß, wie* wichtig im Strafprozesse ein energisches, den *Augenblick* benutzendes Einschreiten ist, er sieht die Vor-

würfe voraus, welchen er sich aussetzt, wenn durch seine Zögerung der günstige Moment der Entdeckung des Verbrechens unbenutzt vorübergeht und nichts ausgemittelt wird. Er entschließt sich zum Handeln, verfügt Haussuchung oder Beschlagnahme der Papiere, und es ist begreiflich, daß er wünscht, daß die vielleicht in der Hoffnung auf glücklichen Erfolg vorgenommene Handlung auch gerechtfertigt werde durch die Entdeckung des Schuldigen. Befangenheit tritt um so mehr ein, je mehr Jemand ein Interesse hat, daß ein gewisser Ausgang seiner Handlung eintrete. Dies Interesse aber hat der Inquirent bei der Eröffnung und Fortsetzung einer Untersuchung. Die Furcht, daß nicht, wenn ungeachtet seiner Handlungen am Ende die Unschuld desjenigen sich ergiebe, gegen welchen er einschritt, der Vorwurf der Voreiligkeit im Handeln oder einer Ungeschicklichkeit ihn treffe, das Interesse, das bei ihm die Rücksicht auf seine Ehre begründet, treiben den Inquirenten zu leicht an, bei der Fortsetzung der Untersuchung den einmal betretenen Weg zu verfolgen, durch energisches Handeln gegen den Angeschuldigten die Hindernisse der Entdeckung der Wahrheit zu beseitigen. Jeder, welcher selbst inquirirte, weiß, daß der Untersuchungsrichter sich gleichsam einen Rechtsfall, in dem er eine Untersuchung einleitet oder fortführt, construirt, worin er den Verdächtigen als schuldig voraussetzt und sich mit Umsicht die Art vorstellt, wie der Thäter und aus welchen Motiven er das Verbrechen verübt haben kann. Je länger man sich mit einer gewissen Vorstellung beschäftigt, desto mehr wird sie Wahrheit. Jemehr der Angeschuldigte läugnet, desto mehr erscheint er dem Inquirenten als hartnäckig, und strengere Maaßregeln erscheinen ihm als gerechtfertigt. So oft im Laufe der Untersuchung der Inquirent nun urtheilen soll, ob diese oder jene Prozeßhandlung zu verfügen ist, ist er *bei diesem Urtheile* befangen: weil er vorher die Person

beschuldigt, also das gethan hat, was dem Staatsanwalte obliegt. Wie ganz anders ist dies da, wo der Staatsanwalt von dem Inquirenten getrennt ist! Bei diesem Verfahren ist dem Inquirenten die volle Unbefangenheit, daher eine der Hauptbedingungen der Urtheilsfällung, gesichert. Er hat noch nicht gehandelt, wenn der Antrag des Staatsanwalts an ihn gelangt; keine vorgefaßte Meinung raubt ihm die nöthige Umsicht des Geistes. Der Staatsanwalt legt ihm mit den nöthigen Materialien und mit den Anzeigen der Thatsachen den Fall vor und stellt den Antrag; der Untersuchungsrichter prüft dann, ob dieser Antrag nach den Gesetzen begründet ist, und verfügt darauf das Geeignete. Die ruhige unbefangene Erwägung aller Verhältnisse hat die wohlthätige Wirkung, daß in sehr vielen Fällen grundlose Untersuchungen nicht eröffnet oder drückende Maaßregeln nicht verfügt werden, welche da, wo der Untersuchungsrichter zugleich als Ankläger zu handeln gehabt hätte, leicht verfügt worden wären, da die Zwitterstellung des Inquirenten ihm die Unbefangenheit geraubt haben würde, welche er da bewahrt, wo er nur über die Zulässigkeit des von einem Andern gestellten Antrags zu entscheiden hat. Die Gefahr, daß das öffentliche Interesse leiden könne, wenn der Untersuchungsrichter erst die Anträge des Staatsanwalts abwarten soll, verschwindet, wenn man erwägt, daß auch in Frankreich in Fällen, in denen Gefahr auf dem Verzuge schwebt [23]), der Untersuchungsrichter amtlich ohne vorgängige Aufforderung des Staatsanwalts die nöthigen Schritte vornehmen kann; allein der Unterschied zwischen dem deutschen und französischen Untersuchungsrichter ist dann, daß der Erste nach eigenem Ermessen die Untersuchung so lange fortsetzt, als er es für zweckmäßig hält, während der Zweite das Ergeb-

23) *Code* d'instruction Art. 59. 60.

uß der provisorisch aufgenommenen Untersuchungshand-
ungen dem Staatsanwalt mittheilen muß und nur dann
die Untersuchung fortsetzen kann, wenn der Staatsanwalt
darauf anträgt [24]), weil er es ist, welcher das öffentliche
Interesse bei der Verfolgung eines Verbrechens zunächst ab-
zuwägen hat.

11. Man hat neuerlich gegen die Staatsanwaltschaft vielfach geltend gemacht, daß die Polizei in Deutschland hinreichend für die Entdeckung der Verbrechen sorge und die von ihr gesammelten Nachrichten unmittelbar dem Untersuchungsrichter mittheile; daß die Einrichtung aber, nach welcher die Polizei dem Staatsanwalte untergeordnet werden müßte, vielfache Nachtheile haben würde. Wir geben gern zu, daß die Polizeibehörden wichtige Dienste in Bezug auf Entdeckung der Verbrechen leisten und fortdauernd noch ihre Thätigkeit auszuüben habe; allein wir behaupten, gestützt auf lange Beobachtung, daß eben in einem gehörigen Zusammenwirken mit der Staatsanwaltschaft ihre Thätigkeit sich zweckmäßig bewähren wird, während die deutsche Einrichtung manches Bedenkliche hat. Da, wo die Polizei wie in Deutschland ohne die Schranken handelt, die das Verhältniß zum Staatsanwalte zieht, setzt sie, wie die Erfahrung in so vielen Prozessen lehrt, leicht ihre Thätigkeit zu lange fort und greift in die dem Richter gebührende Sphäre ein; sie kommt leicht dazu, eine Masse von Vernehmungen von Zeugen oder auch der Verdächtigen einzuleiten; und da begreiflich nach der Besetzung der Polizeistellen an vielen Orten die Beamten der Polizei nicht den Werth und die Bedeutung juristischer Formen und sorgfältig vorgenommener Untersuchungshand-

24) Ueber die wechselseitige Stellung des franz. Untersuchungsrichters und des Staatsanwalts s. Duverger in seinem lehrreichen Werke: Manuel des juges d'instruction. Niort 1839. *Vol. I. p. 309.*

lungen kennen, und rascher nach dem Bedürfnisse des Augenblicks, ohne ängstlich auf Formen zu halten, zu handeln gewöhnt sind, so enthalten jene von der Polizei aufgenommenen Protokolle oft eine Masse von Vernehmungen, bei welchen es an Suggestionen und verfänglichen Fragen, gefährlichen Versprechungen oder Drohungen nicht fehlt, deren Daseyn oft die ganze spätere Untersuchung verdirbt, während die Polizei auf die schwierige nur von dem mit allen Feinheiten des Strafrechts vertrauten Criminalrichter gut zu leitende Herstellung des Thatbestandes weniger Werth legt, und auf diese Art die Zeit, auf die so viel ankommt, zur Ausmittelung des Thatbestandes nicht benutzt wird. Da, wo der Staatsanwalte die Verbrechen verfolgt, wird ebenfalls die Polizei thätig und wachsam seyn; allein da sie verpflichtet ist, alle zu ihrer Kenntniß gelangenden Nachrichten in Bezug auf begangene Verbrechen sogleich dem Staatsanwalt mitzutheilen, wird der Vortheil erreicht, daß früher als dies sonst der Fall wäre, die Nachricht von einem verübten Verbrechen und von den darauf bezüglichen Spuren und Beweisen zur Kenntniß desjenigen Beamten gelangt, der am besten prüfen kann, was jetzt im Interesse der den Gesetzen entsprechenden Ausmittelung des Verbrechers geschehen soll, rechtzeitig hiezu Anträge an den Untersuchungsrichter stellen und der Polizeibehörde diejenigen Weisungen geben kann, welche mit Hinsicht auf den zu erreichenden Zweck zur Begründung der Anklage dienen. Eine grundlose Vorstellung ist es, daß die Polizei durch Unterordnung unter den Staatsanwalt leiden würde. Auch in Frankreich bleibt die Polizei als verwaltende Behörde, in sofern sie vorbeugt, Aufsicht hält und anordnet, den oberen Administrationsbehörden unterworfen; allein in der Richtung, in welcher sie Spuren verübter Verbrechen und die Materialien zur Entdeckung der Schuldigen sammelt, theilt sie das Ergebniß ihrer Forschungen derjenigen Be-

hörde mit, welcher es obliegt, bei den Gerichten Verbrechen zu verfolgen und die derselben dringend Verdächtigen anzuklagen. Diese Behörde, welche die Staatsanwälte bilden, prüft dann die an sie gekommenen Mittheilungen und bezeichnet der Polizeibehörde die Richtung, in welcher ihre weitere Thätigkeit zur Verfolgung der Schuldigen nothwendig ist.

III. Die Aufstellung einer solchen Behörde hat entschiedene Vortheile, und vermeidet zugleich manche Störungen und Nachtheile, welche da eintreten, wo der nämliche Beamte Ankläger und Untersuchungsrichter ist. Wir glauben dies in einer zweifachen Richtung nachweisen zu können. 1) Jeder, der nur einige Zeit in Gerichtshöfen gelebt hat, weiß, wie viel alberne Anzeigen von angeblichen Gesetzesübertretungen, in welchen zwar dem Buchstaben nach die That unter ein Strafgesetz subsumirt werden muß, bei den Gerichten vorkommen. Das Gericht ist in Verlegenheit, wenn die Anzeige geschieht [25]), daß z. B. ein Sträfling ein Scheit Holz gestohlen habe, um daraus einen Löffel zu schnitzen und diesen gegen ein Stück Brod zu vertauschen, oder daß Jemand ein Blatt Papier entwendete und durch eine sinnbildliche Injurie die Amtsehre des Bürgermeisters im Dorfe beleidigt habe. Wenn auch ein geistreicher Schriftsteller [26]) meint, daß in solchen Fällen es an dem criminellen Dolus fehle und Niemand sich der allgemeinen Mißbilligung so sehr aussetzen werde, dergleichen Handlungen zu denunciren, so lehrt die Erfahrung das Gegentheil, und eben in dem oben Not. 25. angeführten Falle zeigte sich die Verlegenheit der Gerichtshöfe. Der

25) Z. B. in Würtemberg, s. Hufnagel Comment. zum Würtemberg. Strafgesetzbuche, Th. II. S. 965.

26) Breidenbach Comment. über das hessische Strafgesetzbuch, I. S. 206.

deutsche Inquirent, an welchen solche Anzeigen gelangen, muß, wenn der angezeigte Fall unter das Gesetz paßt, ihn untersuchen; er kann, um keiner Verantwortung sich auszusetzen, die Einleitung des Verfahrens nicht abschlagen, und sendet die Akten dem Gerichte, um darüber zu urtheilen. Dagegen zeigt sich in Ländern, in welchen Staatsanwälte die Anklage zu führen haben, die Wohlthat der Einrichtung, nach welcher einer Behörde es zusteht, die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft abzuwägen und nur da Anklage zu erheben, wo das öffentliche Interesse es verlangt. In die Hände dieses Beamten legt die Gesellschaft die Besorgung desselben, und erwartet von ihm, daß er nicht durch Untersuchungen über die vermöge ihrer Geringfügigkeit gleichgültigen Handlungen das öffentliche Ansehen herabwürdige und den Staat lächerlich mache. Daß die französische Staatsbehörde auch sehr gut mit richtigem Takt ihre Stellung begreift und wohlthätig wirkt, indem sie nicht jede zu ihrer Kenntniß gelangte angeblich strafbare Handlung verfolgt, lehren die Tabellen der Criminaljustiz. Im Jahr 1839 [27]) verfolgte die Staatsbehörde in Frankreich in 53160 Fällen die Handlung nicht, und zwar in 22043 Fällen deßwegen, weil die Staatsbehörde selbst erkannte, daß der Fall weder ein Verbrechen noch ein Vergehen begründete; in 12487 Fällen, weil die Behörde nicht hinreichende Verdachtsgründe gegen bestimmte Personen fand; in 13793 Fällen, weil die Behörde fand, daß das Vergehen ohne Bedeutung sey und die öffentliche Ordnung nicht wesentlich verletze. Dies in 204 Fällen der Unterschlagung, in 1974 Fällen der Injurien, in 542 Verletzungen der öffentlichen Moral, in 963 Fällen des Diebstahls, in 210 Fällen der Drohung, in 542 Fällen

27) *Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1839.* p. 232. 233.

der (angeblichen) Beleidigung der Amtsehre. Wie oft hat der Verfasser dieses Aufsatzes sich selbst in Frankreich überzeugt, daß der Staatsanwalt, wenn z. B. der Gensdarm über eine unartige gegen ihn ausgestoßene Aeußerung klagte, oder die Anzeige geschah, daß Jemand zwei Nüsse gestohlen habe, keine Verfolgung einleitete, weil nach allen vorliegenden Umständen der Fall höchst unbedeutend erschien. 2) Vorzüglich giebt es eine Klasse von Fällen, wo es doppelt wünschenswerth ist, daß nicht wegen jeder Uebertretung eine Untersuchung eingeleitet werde, weil die Staatsregierung ein größeres Interesse hat, gewisse Fälle unverfolgt zu lassen und nicht die Oeffentlichkeit zu vermehren, oder ihnen durch eine Criminaluntersuchung ein Gewicht beizulegen, welches der Fall nach allen Umständen nicht verdient. Dies ist der Fall bei den Preßvergehen, bei Majestätsbeleidigungen, Aufforderungen zu Aufruhr und ähnlichen politischen Verbrechen. Weise verfolgt in solchen Fällen der französische Staatsprocurator nicht amtlich jeden zu seiner Kenntniß gehörigen Fall, sondern macht erst die Anzeige dem Generalprocurator und dieser correspondirt oft mit dem Minister. Erst nach Abwägung aller Interessen erfolgt dann der Beschluß (bekanntlich nicht sehr häufig), daß wegen des Falles ein Antrag auf gerichtliche Untersuchung nicht zu stellen sey. Es bedarf keiner Erinnerung, daß nach der Stellung des deutschen Inquirenten, der eine richterliche Person ist, eine solche politische Erwägung und eine Correspondenz mit den obersten Stellen darüber, ob eine Untersuchung einzuleiten ist, nicht passend seyn würde. Die Folge ist dann, daß nicht selten in solchen Fällen in Deutschland eine Untersuchung eingeleitet wird, in denen die Regierung selbst in der

28) Wichtige Bemerkungen von de Haulx, in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung, VII. S. 266.

Folge es ſehr beklagt, daß der unzeitige Eifer des Beamten, der, wenn ihm eine ſolche Anzeige gemacht wird, nicht wagt, ſie unbeachtet zu laſſen, damit ſeine politiſche Geſinnung nicht verdächtigt wird, eine Unterſuchung herbeigeführt hat, welche man lieber nicht hätte einleiten laſſen.

IV. Auch in einer andern Beziehung bewährt ſich die Staatsanwaltſchaft als wohlthätig. Es iſt bekannt, daß in allen neuen Geſetzgebungen die Erlaſſung von Competenzgeſetzen für nöthig erachtet wird, welche beſtimmen, welche ſtrafbare Handlungen zur Aburtheilung vor das Untergericht, welche vor das Mittelgericht, welche vor das Criminalgericht gehören. Da aber in neuerer Zeit mit Recht große Räume zwiſchen Minimum und Maximum im Geſetze gedroht ſind, ſo wird es oft ſehr ſchwierig, im einzelnen Falle genau voraus zu beſtimmen, welches Gericht für die Unterſuchung und für die Entſcheidung competent ſeyn ſoll. Die Erfahrung aller Staaten, in welchen ſolche Competenzgeſetze beſtehen, lehrt, wie häufig Streitigkeiten und Prozeßverzögerungen entſtehen, viele Akten hin und her geſendet werden müſſen. Wie ſchwierig iſt es vorherzuſehen, ob bei einem Verbrechen, z. B. dem Diebſtahl, Arbeits- oder Zuchthaus erkannt werden muß, oder ob eine Handlung als Körperverletzung des erſten oder zweiten Grades zu betrachten iſt, ob man bei Tödtung böſen Vorſatz oder Fahrläſſigkeit annehmen kann. In ſolchen Fällen bewährt ſich die Staatsanwaltſchaft in Frankreich vortrefflich; von dem Antrage des Staatsanwalts hängt es ab, unter welchem Geſichtspunkt eine Handlung gerichtlich verfolgt werden ſoll. Wie häufig läßt er einen verſchärfenden Umſtand bei einem Vergehen, z. B. Einſteigen, unbeachtet und ſtellt nur die Anklage auf einfachen Diebſtahl, weil er vorherſieht, daß der Beweis jenes Umſtandes ſehr ſchwierig ſeyn würde und am Ende das Gericht den Umſtand nicht als bewieſen an-

sieht. Wie häufig verfolgt er z. B. eine Verwundung nur als vollendete Körperverletzung und stellt aus ähnlichen Gründen keine Anklage auf Mordversuch. Der Staatsanwalt ist es, welcher das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft abzuwägen hat und darnach seine Anklage stellt.

V. Einen wesentlichen Vortheil gewährt noch die Staatsanwaltschaft für die gründlichere und schnellere Führung der Vertheidigung. Jeder, welcher den Zustand des deutschen Prozesses kennt, muß gestehen, daß der Angeschuldigte häufig in voller Ungewißheit bleibt, welches Verbrechen es sey, dessen er beschuldigt wird. In einem Falle, in welchem eine große Zahl von jungen Leuten in Untersuchung gezogen und lange verhaftet waren, wußte Niemand, weswegen sie eigentlich prozessirt wurden; sie hatten mit Polizeidienern und Bürgern, die in einem Hause versammelt waren, Streit, fielen in das Haus und beschädigten dort viele Gegenstände. Erst nach mehreren Monaten erfuhr man zur großen Verwunderung, daß das Gericht den Fall als Landfriedensbruch behandelte. In einem andern Falle wurde Jemand, der einen Andern verwundet hatte, in Untersuchung gezogen, er selbst war der Meinung, daß man ihn wegen Körperverletzung prozessire; aus dem ergangenen Urtheile erfuhr er, daß man ihn wegen Mordversuchs verurtheilte; da die Untersuchung nicht darauf zu gehen schien, so hatte auch der Angeschuldigte und sein Vertheidiger es nicht für nöthig gehalten, den Vertheidigungsbeweis auf die Abwesenheit der mörderischen Absicht zu richten. In zweiter Instanz gelang dieser Beweis leicht, und der Angeschuldigte wurde nur wegen Verwundung gestraft. Wäre die Anklage auf Mordversuch gestellt gewesen, so würde schon in erster Instanz die Widerlegung erfolgt seyn, und ein durch die ergriffene Appellation veranlaßter langwieriger, kostspieliger Prozeß wäre vermieden worden. Wie häufig ist es bei Unter-

suchungen wegen politischer Verbrechen schwierig, zu bestimmen, ob der Fall als Versuch des Hochverraths, oder Majestätsbeleidigung, oder als Aufforderung zum Aufruhr aufzufassen ist; der Angeschuldigte bleibt in Ungewißheit und weiß nicht, worauf er seine Vertheidigung richten soll. — Bei Untersuchungen wegen Eigenthumsbeeinträchtigungen liegt es oft auf schmaler Gränze, ob man Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, oder unerlaubte Civilrechtsverletzung annehmen will. Ohne eine Anklage fehlt es an der nöthigen Grundlage der Vertheidigung; die Untersuchung, da dem Inquirenten selbst nicht klar ist, wie der Fall beurtheilt werden könne, liefert nicht die nöthigen Materialien. Am Schlusse der Untersuchung befindet sich dann der Vertheidiger in sehr schlimmer Lage. Er kann nicht errathen, welchen rechtlichen Gesichtspunkt bei der Bestrafung das urtheilende Gericht zum Grunde legen werde; seiner Vertheidigung fehlt es an der Grundlage, weil er nicht weiß, welchen Angriff er abwehren soll. Er muß daher sich nach allen möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten den Fall construiren und nach allen möglichen Richtungen hin die Vertheidigung führen. Die Folge ist dann, daß die Vertheidigungsschriften häufig unnöthig weitläufig und ungenießbar werden müssen. Wie ganz anders stellt sich das Verhältniß da, wo der Staatsanwalt, der das öffentliche Interesse, das in dem Falle entscheidet, und die rechtlichen Aussprüche erwägt, eine Anklage stellt. Dadurch bekennt der Untersuchungsrichter die Richtung, worauf seine Untersuchung sich beziehen soll; der Angeschuldigte weiß, wogegen er sich vertheidigen soll, und der Vertheidiger hat einen bestimmten Angriff, den er abwehren muß. Die Verhandlung wird kürzer, klarer und führt mehr zur Gründlichkeit. Eine große Selbsttäuschung unsrer deutschen Gesetzgeber ist es, wenn sie glauben, daß der Inquirent selbst der Vertheidiger des Ange-

schuldigten seyn, und in dem Streben nach materieller Wahrheit eben so auch alle Momente herstellen werde, welche für den Vertheidigungsbeweis wichtig werden können. Wohl hat der ehrwürdige Schwarzenberg in seiner C. C. C. [29]) dem Richter auch zur Pflicht gemacht, die für den Angeklagten sprechenden Umstände von Amts wegen zu berücksichtigen; allein man vergißt, daß zur Zeit Schwarzenberg's nur der Anklageprozeß die herrschende Form war, und daß er überhaupt den Richter verpflichten wollte, nicht blos an das Vorbringen von Ankläger und Angeklagten sich zu halten, wie etwa im Civilprozesse, sondern amtlich jede Spur zu benutzen, die zur Herstellung materieller Wahrheit führt und für die Unschuld oder geringere Schuld des Angeklagten wichtig werden kann. Der Fehler liegt nur darin, wenn man sich einbildet, daß der Inquirent schon hinreichend amtlich den Vertheidigungsbeweis herstellen werde [30]); man fordert, wenn man dies vom Inquirenten verlangt, etwas Unmögliches, weil es in der menschlichen Natur liegt, daß man mehr für eine bestimmte Ansicht sich entscheide, Partei dafür ergreife, daß dies eben bei sehr gescheiden und charakterfesten Männern am meisten der Fall seyn wird und bei dem Inquirenten am leichtesten eintritt, da das Gesetz ihn verpflichtet, als Ankläger das öffentliche Interesse zu verfolgen, und der Amtseifer, mit dem er seine Pflicht erfüllt, den Blick für die in dem Falle begründeten Gesichtspunkte der Vertheidigung verdunkelt und das Erkennen derselben hindert. Ohnehin wirken Ehrgeiz und die Hoffnung durch eine glücklich geführte Untersuchung den Beifall der Vorgesetzten und äußere Vortheile zu verdienen, leicht auf den Inquirenten,

29) Art. 47. C. C. C.

30) Gut Hepp in seiner Schrift: Anklageschaft, Oeffentlichkeit ꝛc. S. 47.

und das oft störrische oder läugnende Benehmen des Angeschuldigten ist nicht geeignet, eine günstige Meinung für ihn einzuflößen. Der Angeschuldigte selbst ist aber zu wenig im Stande, die Thatsachen, welche für seine Vertheidigung sprechen, anzugeben, da er theils nicht weiß, was er widerlegen soll, theils die juristische Bedeutung mancher Thatsachen nicht kennt.

VI. Ein weiterer Vortheil der Staatsanwaltschaft liegt in der Verhinderung der Nachtheile, welche die oft maßlose Ausdehnung der Untersuchung auf andere Vergehen erzeugt, als die ursprünglich das Verfahren veranlaßten. Alle neuen Gesetzgebungen [31]) erkennen die Nothwendigkeit an, dieser Ausdehnung entgegen zu wirken; allein das Uebel liegt in der Natur des Inquisitionsprozesses selbst. Wie häufig wird in einer Untersuchung über Tödtung ein wegen Kindesabtreibung von einem Leumundszeugen geäußerter Verdacht, wie oft in der Untersuchung über Urkundenfälschung der später entstandene Verdacht wegen verübten kleinen Diebstahls, wegen Theilnahme an Raufhandel benutzt und die Untersuchung immer wieder auf neue Vergehen ausgesponnen. Im Anklageverfahren fällt dies weg. Der Staatsanwalt, wenn ihm auch im Laufe der Procedur der Verdacht neuer Vergehen bekannt wird, prüft, in wiefern das öffentliche Interesse groß genug ist, oder das neue Verbrechen in einer solchen Beziehung zu dem Gegenstande der Untersuchung steht, daß auch die Verfolgung des Verdachts wegen der neuen Vergehen nothwendig wird. Dadurch allein wird eine gehörige Grundlage gegeben; und die Anklagekammer, welche am Schlusse der Voruntersuchung über die Versetzung in den Anklagestand entscheidet, prüft dann, auf welche Verbrechen die Anklage auszudehnen ist, worauf die Hauptuntersuchung sich

31) Mein Strafverfahren in den deutschen Gerichten, Th. II. §. 148.

bezieht. Im Inquisitionsprozesse fällt die Möglichkeit einer solchen Begränzung der Untersuchung entweder weg, oder es ist auf eine sichere Durchführung nicht zu rechnen.

VII. Auch bei der Urtheilsfällung bewährt sich endlich der Vortheil des Anklageverfahrens, welches ein Staatsanwalt einleitet. Nach dem deutschen Inquisitionsprozesse ist es am Ende der Referent, durch welchen die übrigen urtheilenden Richter den Inhalt der Akten kennen lernen. Er ist es, der in dem rechtlichen Theile seiner Relation die Anträge stellt und zu diesem Behufe gleichsam eine Anklagsakte entwirft, indem er aus den Akten den strafrechtlichen Gesichtspunkt hervorsucht, unter welchen er glaubt, daß die Handlung gestellt werden müsse [32]). Dies Verfahren giebt sehr leicht der ganzen Darstellung eine gewisse Einseitigkeit; auch bei dem redlichsten Willen des Referenten wird er dennoch durch den Eindruck beherrscht, welchen auf ihn die Verhandlungen machten; in den schwierigen Fällen, in welchen die Frage sehr streitig ist, ob Betrug, Diebstahl, Unterschlagung vorliegt, muß der Referent für eine bestimmte Meinung sich entscheiden; es ist begreiflich, daß er dann die Materialien diesem aufgefaßten Gesichtspunkte gemäß zusammenstellt, seinen Antrag zu begründen und die Collegen davon zu überzeugen sucht. Er ist daher gleichsam der Ankläger, was eben so unziemlich als nachtheilig ist. Wie einfach stellt sich dagegen das Verhältniß in dem Verfahren dar, wo der Staatsanwalt eine bestimmte Anklage stellt und die Richter unbefangen darüber zu entscheiden haben.

Wenn wir bisher den Werth eines Verfahrens, in welchem ein öffentlicher Ankläger thätig ist, zu begründen suchten, so sind wir deswegen nicht blinde Verehrer derjenigen Stellung der Staatsbehörde, die dem französischen

32) Auch der Verfasser des Aufsatzes in den Annalen der badischen Gerichtshöfe 1841. S. 294. macht auf dies Mißverhältniß aufmerksam.

Prozesse zum Grunde liegt. Wir beziehen uns auf das früher in diesem Archive[33]) Vorgetragene; wir glauben insbesondere nachweisen zu können (was später bei Gelegenheit besonderer motivirter Vorschläge geschehen wird, daß in der Voruntersuchung dem Staatsanwalte nicht eine so große Befugniß gegeben werden soll, Handlungen vorzunehmen, welche dem Untersuchungsrichter ziemen; wir halten es für nachtheilig, wenn die Staatsbehörde eine so ausgedehnte Aufsicht über die Gerichte erhält, wie sie in Frankreich ihr zusteht. Eine der wichtigsten Fragen bleibt noch die: ob wie fern ein Recurs gegen gesetzwidrig gelinde Urtheile dem Staatsanwalte eingeräumt werden soll. Hier bedarf es einer besondern Erörterung, die der Fortsetzung dieses Aufsatzes vorbehalten bleibt. Nur kann man bei der Prüfung der in neuester Zeit über diesen Gegenstand stattgefundenen Verhandlungen vorläufig nicht die Bemerkung unterdrücken, daß man zu einseitig die Frage aufgefaßt, das öffentliche Interesse zu wenig beachtet und nicht genug das Vorkommen von Fällen berücksichtigt hat, in welchen das Gericht erster Instanz aus Unverstand, Gleichgültigkeit oder nachtheiliger Nachsicht ein Vergehen mit tadelnswerther Milde beurtheilt, so daß die Gerechtigkeit und das öffentliche Interesse dadurch eben so leidet, als die Volksmoral dadurch verletzt wird. Wir hoffen nachweisen zu können, daß durch zweckmäßige Unterscheidungen eben so die bürgerliche und individuelle Freiheit, wie das öffentliche Interesse gewahrt werden können.

(Fortsetzung im nächsten Stücke.)

33) Archiv des Criminalrechts Jahrgang 1838. Nr. VI.

XVI.

Beurtheilung der neueſten criminaliſtiſchen Schriften.

1) Geſchichte des deutſchen Strafrechts, von Dr. W. E. Wilda, Profeſſor der Rechte an der Univerſität Halle. I. Band. Halle 1842.

Jedes Volk bewährt ſeinen Charakter und die Eigenthümlichkeiten ſeiner Ideen vorzüglich in den Anſichten über Strafrecht. In den Uranfängen, in den erſten noch ohne klares Bewußtſeyn, aber ſchon von einer gewiſſen vorſchwebenden Idee geleiteten Einrichtungen, erkennt der Geſchichtsforſcher ein gewiſſes Gepräge, welches die Nation auszeichnet. Daß unſeren germaniſchen Vorältern im Strafrechte Anſichten vorſchwebten, welche dem Alterthum fremd waren, zeigt eine auch nur flüchtige Vergleichung, und es iſt doppelt intereſſant, in dieſen urſprünglichen Anſichten die Elemente nachzuweiſen, welche der ſpätern Entwickelung des Strafrechts der Germanen zum Grunde lagen. Jene Beſtimmungen, welche wir in Bezug auf das Strafrecht in den Rechtsquellen des Mittelalters finden, haben ihre Wurzel ſchon in früheren Einrichtungen. Die Wiſſenſchaft hatte bisher kein Werk nachzuweiſen, in welchem völlig befriedigend die Ausbildung der ſtrafrechtlichen Anſichten der Germanen erörtert worden wäre. Der Verf. des vorliegenden Werkes hat ſich ein großes Verdienſt durch die Bearbeitung deſſelben erworben. Die Gründlichkeit ſeiner Forſchungen iſt durch ſeine frühere Schrift über das Gildenweſen und durch manche Abhandlungen in der Zeitſchrift für deutſches Recht dargethan. Ueberall bewährt er den mit den Quellen vertrau-

ten, geiſtreich die Verhältniſſe durchdringenden und ſelbſtſtändig forſchenden Verfaſſer. — Große Schwierigkeiten häufen ſich für denjenigen, welcher die Bearbeitung einer Geſchichte des germaniſchen Strafrechts unternimmt. Schon die Verſchiedenheit der Nationen, deren Rechtsquellen benutzt werden, um das germaniſche Recht darzuſtellen, erzeugt ſolche Schwierigkeiten. Es iſt ein kühnes Unternehmen, von dem, was in den ſkandinaviſchen Rechtsquellen vorkommt, Schlüſſe abzuleiten, welche mit den Rechten der Franken, der Longobarden, der Baiern u. A. im Einklange ſind. Herr Wilda iſt im Beſitze der Kenntniß der nordiſchen Sprachen und iſt genau mit den Rechtsquellen der Völker des Nordens vertraut. Nicht ſelten wird man verſucht zu glauben, daß die Vorliebe für dieſe Studien den Verfaſſer dazu bewogen hat, das, was er in jenen nordiſchen Völkern fand, zu ſehr zu generaliſiren und zum germaniſchen Rechte überhaupt zu erheben; obwohl zur Ehre des Verfs bemerkt werden muß, daß er eben bei den wichtigſten Rechtseinrichtungen die Ausbildung des Inſtituts bei den nordiſchen Völkern genau von derjenigen getrennt hat, die wir bei den Franken finden. Nicht weniger ſchwierig wird es, von den Rechtsideen, welche wir in den Rechtsquellen der Zeiten finden, in denen das Recht aufgezeichnet wurde, auf die urſprünglichen Anſichten der Germanen zurückzuſchließen. Welche Veränderungen bewirkten das Chriſtenthum, die politiſchen Verhältniſſe, die Bekanntſchaft mit den Einrichtungen der Römer in den ſtrafrechtlichen Einrichtungen! Der Verf. der gegenwärtigen Anzeige hatte ſchon im J. 1810 als eine der würdigſten Aufgaben ſeiner Studien die Bearbeitung einer Geſchichte des germaniſchen Strafrechts ſich vorgeſetzt; er hat mit Aufmerkſamkeit die Arbeit des Hrn. Wilda geprüft, und ſich von dem Verdienſte des Verfs. überzeugt. Es mag den Leſern des Archivs nicht ohne Intereſſe ſeyn, eine Nachleſe zu den Ergebniſſen der Forſchungen des Verfs. im vorliegenden Werke zu erhalten, und Rec. hofft, daß ſeine Berufsgeſchäfte es ihm erlauben werden, in einem der nächſten Hefte des Archivs dieſe Nachleſe zu liefern; die Wichtigkeit des Werkes aber fordert, in dem Archive nicht eine vorläufige Anzeige zu verzögern, welche den Zweck hat, die Leſer auf den Charakter des vorliegenden Werkes und einige der wichtigſten Forſchungen des Verfs. aufmerkſam zu machen und einige Bemerkungen beizufügen. Das Werk zerfällt in dem vorliegenden Bande in 12

Abſchnitte. Nach einer Einleitung werden I. die Quellen des germaniſchen Strafrechts erörtert. II. giebt er die Grundzüge der Anfänge und der Ausbildung des germaniſchen Gemeinweſens. In Nr. III. widerlegt er die Anſicht, daß den Germanen ein eigenthümliches Strafrecht unbekannt war. IV. handelt von dem Frieden, den Friedensbrüchen und der Friedloſigkeit. V. Von den Bußen. VI. Von den ſ. g. öffentlichen Strafen. VII. Von der chriſtlichen Kirche und ihrem Strafrechte. VIII. Von dem verbrecheriſchen Willen. IX. Von dem Verſuche. X. Von der Theilnahme. XI. Von dem Einfluſſe beſonderer perſönlicher Verhältniſſe auf die Beurtheilung und die rechtlichen Folgen der Miſſethaten. XII. Von den einzelnen Miſſethaten. Der erſte Abſchnitt iſt eine an ſich jedem Rechtshiſtoriker höchſt willkommene Bearbeitung der Quellen des Rechts, und je mehr die Benutzung der ſkandinaviſchen Rechtsquellen erſchwert iſt, deſto dankenswerther iſt die Darſtellung derſelben S. 7—60. — Bei den angelſächſiſchen Quellen S. 61. muß man es bedauern, daß der Verf. noch nicht die wichtige neue Ausgabe: Ancient laws and institutes of England comprising laws enacted under the anglosaxon Kings, London 1840, benutzen konnte. In Bezug auf das Rechtsbuch der Anglen ſcheint dem Vf. (S. 104.) die für die Nachweiſung des Vaterlandes und die Charakteriſirung der lex Angliorum wichtige Schrift: Bydragen voor vaterlandsche Geschiedniss en Oudheidkunde door Nyhoff, Arnheim 1840, 3 Stücke, unbekannt geblieben zu ſeyn. Auch in Bezug auf das frieſiſche Rechtsbuch ſcheint dem Verf. eine eigene Darſtellung des altfrieſiſchen Strafrechts in Fockema Schetzen van de friesche Geschiedenis en het allgemeen entwegens het Strafregt, Leuwarden 1840, nicht bekannt geweſen zu ſeyn. In Anſehung des longobardiſchen und weſtgothiſchen Rechts würden manche neuere Forſchungen in Italien und in Bezug auf das letzte der treffliche Commentar in den Memorias von Lisboa manche intereſſante Notiz in Bezug auf den Geiſt des Strafrechts dieſer alten Völker gegeben haben. Nach einer allgemeinen, vielfach die gewöhnlichen Anſichten der Rechtshiſtoriker berichtigenden Einleitung über den Charakter des germaniſchen Gemeinweſens (S. 116—145.) ſucht der Verf. die Anſicht zu widerlegen, daß den alten Germanen ein eigentliches Strafrecht unbekannt *geweſen ſey.* Dies führt zur Entwickelung des Weſens der

Rache und ihres Verhältnisses zur Rechtsverfassung (S. 156.), insbesondere der Blutrache (S. 169.), des Fehderechts (S. 184.) und der Strafgewalt der Germanen (S. 196.). Der Verf. findet schon bei den alten Germanen das Walten der Idee, daß der widerrechtliche Wille die eigentliche Grundlage alles strafbaren Unrechts sey, daß man aber die That zunächst nach ihrem Erfolge auffaßte (S. 156.); er glaubt (S. 160.), daß schon früh die Rache Gränzen hatte und daß der Rächende sich verantworten mußte. Die höhere Bedeutung, welche der Verf. in der Rache findet, ist geistvoll aufgefaßt; die Unterscheidung von zweierlei Vergehen, von welchen einige schon bei den Germanen als Verletzungen des öffentlichen Interesse betrachtet wurden (S. 210.), die Bedeutung des Klagerechts wegen Verbrechen (S. 211—221.), der Ursprung der Idee der Friedelosigkeit des Verbrechers (S. 278.), und der tiefere Sinn, welcher in der alten compositio lag, bei der es nicht blos auf ein Ausgleichen des Vergehens durch Geld ankam (S. 316.), und die Ausbildung des Systems öffentlicher Strafen, die allmählig sich immer mehr verbreiteten, je mehr das Bußensystem den neuen Verhältnissen nicht entsprach (S. 484.) — alle diese Punkte sind mit sorgfältiger Erforschung der Quellen sehr gut erörtert. Rec. hätte nur gewünscht, daß der Verf. mehr nach den verschiedenen Zeiträumen seine Darstellung abgesondert hätte. Es ist eine bedenkliche Sache, von demjenigen, was in den späteren Rechtsquellen vorkommt, Schlüsse auf das zu machen, was in früherer Zeit galt. Der Verf. baut vorzüglich viel auf die skandinavischen Rechtsquellen. Rec. ist überzeugt, daß das theokratische Element im ältesten Strafrechte eines jeden Volkes vorzüglich einflußreich ist. Schon die bekannte Stelle bei Tacitus deutet darauf, daß auch bei den alten Germanen dies der Fall gewesen sey. Der Verf. hätte diesen Punkt näher erörtern sollen. Die Idee, die Gottheit durch Menschenopfer wegen der Verbrechen der ganzen Nation zu versöhnen, liegt bei jedem beginnenden Volke nahe. Die Forschungen in der guten Abhandlung von de Rhoer in den Verhandelingen der nasporinge van de wetten en Gesteldheid onzes Vaderlandes, Groningen 1796. Vol. I. p. 1—48. und in Münter Geschichte der Einführung des Christenthums S. 136., Müller's Sagabibliothek III. S. 93. Anmerk. 91. würden dem Verf. viele interessante Winke gegeben haben.

Sehr dankenswerth ſind die Erörterungen des Vfs. (S. 495—522.) über die einzelnen Strafarten. In Bezug auf die Todesſtrafen wäre eben die theokratiſche Idee mehr hervorzuheben geweſen. Auch das Kapitel (S. 525—45) über das Strafrecht der Kirche iſt gut gearbeitet. Die Univerſalität des Strafrechts der Kirche über alle chriſtlichen Völker (S. 530.), die Idee der Verſöhnung, welche die Kirche begünſtigte, das Verhältniß der Behandlung offenbarer Sünder und die Anfänge einer würdigeren Anſicht der Kirche von öffentlicher Strafe ſind gut geſchildert. Manches hätte hier noch eine Beachtung verdient, z. B. die in dem alten kirchlichen Strafrechte früh bemerkbare Idee, den, welcher ſich freiwillig der Demüthigung und Buße unterwarf, anders zu behandeln als den andern Sünder (ſ. Manches in Otto Meier de diversit. summor. poena princip. in jure rom. et apud Gratianum, Goett. 1841), und vorzüglich das Verhältniß der Beichte zum Strafrechte und die früh in die deutſchen Rechtsquellen übergegangene Anſicht (Capitular. Carol. 785. in Pertz. III. p. 49), welche bald weiter ausgedehnt wurde, daß der reuig beichtende Verbrecher der weltlichen Strafe entgehe (Michelſen in der Zeitſchrift für ausländiſche Geſetzgebung Bd. XIV. S. 201.), hätten eine weitere Erörterung hier verdient. Sehr ſchätzbar ſind die Forſchungen des Verfs. über den verbrecheriſchen Willen (S. 544.), über Verſuch (S. 599.), Theilnahme (S. 609.) und von den einzelnen Miſſethaten. In dieſer letzten Abtheilung liefert er die bedeutendſten Beiträge zur Entwickelung der germaniſchen Anſicht einzelner Verbrechen. Es iſt nicht ſchwierig, manche Anſicht die wir in der Carolina z. B. in der Lehre vom Diebſtahle finden, ſchon auf die wenn auch anfangs dunkel vorſchwebenden Vorſtellungen der älteſten Zeit zurückzuführen. Oft ſcheint es freilich dem Rec., daß der Verf., durch die Rechtsquellen ſpäterer Zeiten verleitet, der alten Zeit Anſichten unterſchiebt, die ihr fremd waren, z. B. über die Unterſcheidung des alten Rechts zwiſchen vorſätzlichen und culpoſen Verletzungen. Wir wollen ſpäter umſtändlicher über die einzelnen Punkte uns erklären. Die gegenwärtige Anzeige hat nur den Zweck, die Leſer auf das vorliegende Werk als auf ein höchſt bedeutendes, die Wiſſenſchaft wahrhaft förderndes, aufmerkſam zu machen.

2) Bamberg: Die ſtrafrechtliche Lehre vom Verbrechen der Vergiftung, erörtert von H. G. Gengler, der Philoſ. und d. b. Rechte Doctor. I. Heft. 1842.

Der Verf., der durch die vorliegende Schrift ſeine ſchriftſtelleriſche Laufbahn betritt, hat ſich zu ſeiner erſten Arbeit einen Gegenſtand gewählt, der, vielleicht mehr als jeder andere Stoff des Criminalrechts, ungeheure Schwierigkeiten hat, weil nicht blos juriſtiſche, ſondern auch ſo viele gerichtsärztliche und pſychologiſche Studien zur Bearbeitung gehören und die uns vorliegenden Rechtsquellen ſo dürftig und mager ſind, daß eine gehörige Auslegung und Ergänzung große Gelehrſamkeit und ein Eingehen in die Volksanſichten um ſo mehr vorausſetzt, als eben das Verbrechen der Vergiftung bei jedem Volke mit eigenthümlichen Vorſtellungen zuſammenhängt, an welche ſich die Geſetzgebung anſchließt. Wenn auch in Bezug auf die gerichtsärztlichen Studien manche Lücke in dem vorliegenden Buche ſich zeigt, und der Verf. manche Erörterung, die nicht nothwendig hieher gehörte, z. B. über den Grund, aus welchem die Carolina bei den Frauen das Ertränken als Strafe der Vergiftung drohte (S. 211.), zu unnöthig weitläufig geworden iſt, ſo muß dennoch im Ganzen die vorliegende Schrift als eine ſehr gute ausgezeichnet werden, und der Verf., welcher mit den Quellen ſich gründlich vertraut gemacht, überall die Literatur ſehr gewiſſenhaft benutzt hat und mit Klarheit und ſelbſtſtändiger Prüfung das Ergebniß ſeiner Forſchungen vorträgt, giebt die Hoffnung, daß er für die Wiſſenſchaft noch Bedeutendes leiſten werde. Das vorliegende erſte Heft zerfällt in eine Einleitung, worin der Verf. zuerſt das Vergiftungsverbrechen in pſychologiſcher Beziehung, dann den juriſtiſchen Begriff des Gifts betrachtet und die Literatur der Lehre angiebt, und in eine Hauptabhandlung, von welcher das jetzige Heft das erſte Buch enthält (hiſtoriſcher Theil, Entwickelung der Grundſätze über das Vergiftungsverbrechen in den Quellen des gemeinen Strafrechts). Es beſteht aus drei Kapiteln: 1) römiſches Recht, 2) canoniſches Recht, 3) deutſches Recht. In der Einleitung prüft der Verf. zuerſt, warum vorzüglich das weibliche Geſchlecht dies Verbrechen verübe. (Die Phrenologie giebt auch darüber intereſſante, von dem Verf. nicht beachtete Aufſchlüſſe, und der Schädel der berüchtigten Gott-

fried in Bremen neben dem Verheimlichungs- und Zerſtörungsſinn einen auffallenden Mangel an Wohlwollen.) Er greift (S. 4.) mit Recht die Annahme eines ſogenannten Vergiftungstriebes an, wenn man von einem ſolchen ſprechen will, um damit die Zurechnungsfähigkeit der Giftmörder aufzuheben oder zu vermindern. Bei dem juriſtiſchen Begriffe von Gift würde dem Verf. die Benutzung der franzöſiſchen Schriften, z. B. Devergie médécine légale Vol. II. p. 430., Helie Théorie du Code pénal Vol. V. p. 337 f., der engliſchen und amerikaniſchen Schriftſteller, z. B. Will essay on the rationale of the circumstantial evidence p. 209—233. und der italieniſchen Schriftſteller über gerichtliche Arzneikunde, z. B. von Puccinetti, Barzelotti und beſonders Bianchi (des neueſten Herausgebers des Werks von Barzelotti), wichtige Materialien geliefert haben. Es iſt eine ſchwierige Aufgabe, richtig zu bezeichnen, welche Subſtanz im rechtlichen Sinne zu den Giften gerechnet werden ſoll, um das Verbrechen des Giftmords zu begründen. Es iſt aber nicht ſchwierig nachzuweiſen, daß unſeren Geſetzgebern ſelbſt nicht deutlich vorſchwebte, was ſie ſich, wenn ſie das Strafgeſetz über Giftmord erließen, unter Gift dachten. Rec. hat z. B. oft ausgezeichnete Aerzte und Juriſten heftig darüber ſtreiten hören, ob auch der Gebrauch der concentrirten Schwefelſäure Giftmord begründe (ſ. einen Fall in Richter's Zeitſchrift für preußiſches Strafrecht Heft I. S. 56.). Es iſt bekannt, daß in manchen Staaten Anträge von den Behörden ergingen, daß die Staatsregierung ein Verzeichniß der Stoffe bekannt machen möge, die als Gifte zu betrachten wären, in ſofern durch ſie Giftmord verübt werden kann, z. B. in Preußen. Daß man das Verzeichniß, welches die Polizei bekannt macht, um den Apothekern und Materialiſten den freien Verkauf gewiſſer Stoffe zu verbieten, nicht bei der Beſtimmung des Gifts im criminalrechtlichen Sinne zum Grunde legen dürfe, ergiebt ſich leicht. Wenn der Verf. S. 9—13. meint, daß der juriſtiſche Begriff des Gifts nur der geläuterte Volksbegriff von dem, was Gift iſt, ſeyn könne, ſo denkt er ſich die Sache zu leicht. In Anſehung gewiſſer Stoffe, z. B. Arſenik, Blauſäure u. A., iſt freilich kein Streit; allein vergebens ſucht man eine Gleichförmigkeit der Anſichten in Bezug auf ſehr viele Subſtanzen; z. B. das

Volk hält an vielen Orten Queckſilber in Kugelform auch für Gift, während es bekannt iſt, daß nur unter ganz beſonderen Umſtänden es lebensgefährlich wirken kann. Der Geſetzgeber muß ſich fragen, ob er blos die Stoffe, welche mehr oder minder ſchnell den Tod des Individuums, dem ſie beigebracht werden, zu Giften zählen und bei deren Anwendung die Strenge der Strafe des Giftmords eintreten laſſen will, oder auch auf ſolche Subſtanzen, welche überhaupt die Geſundheit des Individuums angreifen, den Begriff des Giftmords ausdehnt. Es iſt bekannt, daß die neueſten Geſetzbücher daher neben dem Worte: Gift, auch den Ausdruck: oder andere Subſtanzen, von denen dem Thäter bekannt war, daß ſie wie Gift den Tod bewirken können, beifügen. Die Auslegung dieſer Worte hat in der Praxis ſchon manche Schwierigkeit gefunden, (ſ. auch Hufnagel Comm. zum würtemberg. Strafgeſetzb. Th. II. S. 27.). In dem Kapitel über römiſches Recht zeigt der Verf. (S. 35.), daß bis 422 in Rom das veneficium der römiſchen Geſetzgebung fremd geblieben iſt, und verweilt dann (S. 37.) bei der lex Cornelia de sicariis. Mit Recht trennt er die Strafbeſtimmungen, welche ſich auf die venenarii als eine Art von Lohnmördern, die mit dem Giftmiſchen ein Gewerbe trieben, ſich beziehen, von den Vorſchriften über die eigentliche Vergiftung. Der Verf. bemerkt (S. 52.), daß im Juſtinianeiſchen Rechte das veneficium als Angriff auf Menſchenleben und zwar auch (nach der ſpätern Richtung) als ein maleficium in der Bedeutung von Zauberei aufgefaßt worden ſey. Eine fleißige Zuſammenſtellung der römiſchen Anſichten über malum venenum iſt S. 54—60. mitgetheilt. Nach dem Verf. (S. 62.) gehört zum veneficium im Sinne des Corneliſchen Geſetzes nicht blos die abſichtliche Tödtung eines Menſchen mittelſt Gifts, ſondern auch die Darreichung, Beimiſchung, Bereitung, der Verkauf, endlich ſogar der bloße Beſitz eines ſolchen, ſofern nur aus allen dieſen Thatſachen erweislich ein beſtimmt auf Tödtung des Vergifteten oder zu Vergiftenden gerichteter Wille zum Grunde lag. — Wir halten dieſe Anſicht für richtig; nur muß man an der (auch von dem Verf. S. 66. in Not. zugegebenen) Anſicht feſthalten, daß bei den Römern Vollendung und Verſuch nicht wie bei uns getrennt waren, ſondern nur die lex auf viele Handlungen ausgedehnt wurde, welche wir jetzt Verſuchshandlungen nennen.

Der Verf. verweilt (S. 67.) umſtändlich bei der Frage: in wiefern das bloße Beſitzen des Giftes und vorzüglich der Giftkauf unter der lex ſtanden, insbeſondere aber, welche Bedeutung die Worte in der lex Pompeja hatten: qui venenum emit, ut patri daret. Der Verf. widerlegt die Anſichten Andrer, welche jener Stelle eine beſchränkende Erklärung geben wollen, und ſucht zu zeigen, daß auch der Giftkauf des Sohnes, um den Vater zu tödten, unter der lex ſtand, und ſucht auf eine ſcharfſinnige Weiſe zu zeigen, daß bei parricidium die emtio veneni unter der lex wie die vollendete Vergiftung ſtand. Ueber dieſe Frage und die Benutzung der bekannten Stelle in Quinctilian. declam. hätte der Aufſatz von Zirkler in dieſem Archiv (Jahrgang 1839. S. 289.) beachtet werden ſollen. Rec. giebt zu, daß die Römer ſtrengere Anſichten hatten, als man in neuerer Zeit oft zu beweiſen ſtrebte; allein man vergißt zu leicht bei der Anwendung der römiſchen Stellen, daß uns ſo vieles von dem Detail, das den römiſchen Juriſten vorſchwebte, wie ſie ſich den Fall dachten, worauf ſie einen Ausſpruch bezogen, unbekannt iſt, und daß die römiſchen judices, die nicht wie unſere Richter durch den Buchſtaben eines Strafgeſetzes gebunden waren, in einer glücklichern Lage ſich befanden, als wir, und mit Erwägung aller Umſtände des Falles von den heutigen Geſchwornen ihr Urtheil fällen konnten. Es iſt nicht zu billigen, wenn wir für die heutige Rechtsanwendung den Satz aufſtellen: daß bei uns jeder Giftkauf, um einen Andern zu tödten, ſtrafbarer Verſuch ſey, weil eine römiſche Stelle dieſen Giftkauf als ſtrafbar erklärt. Denke man ſich den Fall, daß bei Jemanden, der auf das Gut eines Andern reiſt, unter den Effekten Gift gefunden wird, und daß er geſteht, daß er dies Gift mitgenommen habe, um ſeinen auf dem Gute wohnenden Feind zu vergiften; und denke man ſich dagegen den Fall, daß Jemand, der in Mecklenburg wohnt, in Berlin Gift kauft, um ſeinen Feind in Mecklenburg zu tödten. Das Gift wird bei ihm gefunden; er geſteht die mörderiſche Abſicht ein; der Giftkäufer iſt aber ſchon längere Zeit wieder nach Mecklenburg zurückgekehrt, und kein Umſtand iſt hergeſtellt, welcher beweiſe, daß er bereits einen Verſuch gemacht habe, das Verbrechen auszuführen. Wer möchte wohl beide Fälle gleichſtellen? — Sehr gut erklärt ſich der Verf. (S. 83.) über die Beſchaffenheit des bei Ver-

giftung zum Grunde liegenden animus, und entwickelt (S. 104.) die ſpäteren Erweiterungen des Corneliſchen Geſetzes, handelt dabei S. 106. auch von der Frage: ob das venefi-cium bei den Römern impetu verübt vorkommen konnte, S. 109. über Darreichen des poculi abortionis, und S. 112. über die Liebestränke. Mit Recht giebt der Verf. (S. 125.) ein eigenes Kapitel über die Auffaſſung der Vergiftung in den Schriften der italieniſchen Praktiker des Mittelalters. Hier wäre freilich vielerlei nachzutragen; die Schriften jener italie-niſchen Juriſten können nur dann gut verſtanden werden, wenn man ſie durch die alten Statute der italieniſchen Städte ergänzt; der Verf. würde in den Statuten von Piſa, Mantua, Verona, Vercelli ſchon ausführliche Vorſchriften über Vergiftung und vorzüglich die merkwürdige Vermiſchung der germaniſchen An-ſicht von Vergiftung (im Zuſammenhange mit Zauberei) mit den römiſchen Anſichten gefunden haben. Manche Stelle in den alten italieniſchen Juriſten wird dadurch erſt erläutert. Bei dem canoniſchen Rechte (S. 144—53.) iſt der durch dies Recht oft hervorgehobene Geſichtspunkt der Vergiftung als beſonderes Verbrechen nach den germaniſchen Vorſtellungen beachtet. Eine ſehr fleißige, aus den Quellen geſchöpfte Dar-ſtellung der Anſichten des altdeutſchen Rechts liefert der Verf. S. 154. Hier werden die Forſchungen des Verfs. gut ergänzt durch die reichhaltigen Nachweiſungen, welche Wilda in ſei-nem Werke: Strafrecht der Germanen S. 961, neuerlich lie-ferte. Alles beweiſt, daß ſchon früh die Germanen die Gift-miſchung mit der Zauberei zuſammenſtellten. In der Dar-ſtellung der Anſichten der Rechtsſammlungen aus dem 13ten und 14ten Jahrhundert (S. 172.) zeigt ſich ſchon die Mi-ſchung der durch das allmählig verbreitete römiſche Recht be-kannt gewordenen Anſichten mit den fortdauernden germani-ſchen Vorſtellungen. (Wie lange dieſe letzten fortwirkten, und wie gern das Volk ſogleich an Vergiftung dachte, zeigen die bei Gelegenheit des Ausbruchs der Peſt an manchen Orten ge-führten Criminalunterſuchungen gegen die Aerzte, die man noch ſpät als Zauberer und Giftmiſcher anklagte, ſ. die neuer-lich bekannt gemachten Aktenſtücke: Processo originale degli untori nella Peste anno 1630. Milano.) Von S. 192. an liefert der Verf. eine gute Zergliederung des Sinnes des *art. 130.* C. C. C. und art. 155. der Bambergensis über

Vergiftung. Gewiß iſt es richtig, daß Schwarzenberg die ſchon in Rechtsbüchern des Mittelalters vorkommende Anſicht, nach welcher der Giftmiſcher immer als ein Mörder angeſehen werden ſollte, hervorheben wollte; daß er ferner das Merkmal: heimlich, nach den germaniſchen Vorſtellungen aufnahm und zum Eintreten der vollen Strafe nicht blos den Tod fordert, ſondern daß auch die Beſchädigung an Leib genügt, wohin aber (nach S. 201.) nur die lebensgefährliche permanente und äußerlich wahrnehmbare Geſundheitsſtörung gehört. Ueberall bewährt der Verf. bei der Auslegung der einzelnen Stellen den richtigen Takt, der aus den Quellen der alten Zeit den Sinn der Worte auslegt. Die vorliegende Schrift muß eine verdienſtliche genannt werden.

3) Syſtem der gerichtlichen Pſychologie, von J. B. Friedreich. Zweite umgearbeitete Auflage. Regensburg 1842.

Schon im J. 1835 wurde in dieſem Archive (Bd. II. S. 142.) die erſte Auflage des vorliegenden Werkes angezeigt. Wir hatten damals das Bedauern ausgeſprochen, daß noch immer ſo viele Juriſten mit den Fortſchritten der gerichtlichen Pſychologie ſich nicht vertraut machen, und haben zu zeigen geſucht, welche reichhaltige Belehrung der Geſetzgeber, wie der Inquirent und Richter in dem Werke des Hrn. Friedreich finden wird. Wir freuen uns, daß wenigſtens der Umſtand, daß die erſte Auflage des Werkes bald vergriffen wurde, auf das Intereſſe ſchließen läßt, welches das vorliegende Werk gefunden hat. Die neue Auflage beweiſt, wie gewiſſenhaft der Verfaſſer zu forſchen gewöhnt iſt, wie er mit jedem Fortſchritte der Wiſſenſchaft vertraut, eben ſo die Forderungen der Geſetzgebung und die Strafrechtswiſſenſchaft, wie die Erfahrungen der Aerzte beachtend, raſtlos bemüht iſt, die gerichtliche Pſychologie immer mehr zu vervollkommnen. Die vorliegende Auflage iſt weſentlich verbeſſert und vermehrt. Schon in der Anordnung des Ganzen bemerkt man vielfach Verſchiedenheiten von der früheren. Der Abſchnitt I. von der wiſſenſchaftlichen Entwickelung der gerichtlichen Pſychologie iſt neu hin-

zugefügt. In dem Abschnitt: Bedeutung der Psychologie für die Gesetzgebung, sieht man, daß der Verf. (S. 24.) die neueren Strafgesetzgebungen wohl studirt hat; viel Gutes ist (S. 25.) über die Nachtheile der entehrenden Strafen gesagt. In dem Abschnitt von der psychischen Freiheit als Princip der gerichtlichen Psychologie ist die Entwickelung (S. 90. in 8 Sätzen), in welchem Sinne in dem Strafrechte von Freiheit die Rede seyn müsse, neu, und während in der vorigen Auflage (S. 80.) nur kurz einige Einwendungen gegen die Annahme der Freiheit geprüft wurden, sind in der neuen Auflage (S. 93—141.) alle Einwendungen älterer und neuerer Schriftsteller (z. B. die Ansichten von Clarus, Groos und Leube) umständlicher Prüfung unterworfen; vorzüglich wird S. 110 ff. die Grundlosigkeit der Abschreckungstheorie gezeigt. In dem Kapitel über die Competenz der gerichtlichen Psychologie (S. 142.) sind meist nur literarische Notizen nach den neuesten Werken nachgetragen. Das Kapitel: Allgemeine Normen für die gerichtlich psychologischen Untersuchungen, ist in neuer Auflage (S. 174.) erst hieher gestellt, während es in der ersten Auflage im zweiten Abschnitte (S. 227.) vorkam. In dem Abschnitte über Zurechnung (S. 192.) sind die neuesten literarischen Forschungen benutzt, und S. 217. ist die wichtige Frage: ob ein Strafgesetzbuch nur den allgemeinen Grundsatz aufstellen oder die einzelnen psychischen Krankheiten und Zustände, welche die Zurechnung aufheben, aufzählen soll? ausführlich erörtert. Der Verf. sucht zu zeigen, daß jede Aufzählung unzweckmäßig ist. Rec. stimmt ihm bei, wenn man darauf rechnen kann, daß die Richter hinreichend mit der gerichtlichen Psychologie vertraut sind; nach der ungenügenden Art, wie ein großer Theil der Juristen diese Wissenschaft betreibt, möchte es bedenklich seyn, nur dem Ermessen dieser Richter die Entscheidung zu überlassen, vorzüglich wenn man weiß, mit welcher vornehmen Weise häufig die Gerichte beliebig über die Gutachten der Aerzte sich hinwegsetzen. Viele neue Erörterungen finden sich im Kapitel (S. 247.) über den Einfluß des Alters auf die Zurechnung; insbesondere ist die Untersuchung über den Brandstiftungstrieb sehr vermehrt; eben so die Erörterung über Hallucinationen (S. 327.). Man bedauert, daß der Verf. auf manche

über dieſen Gegenſtand neuerlich in Frankreich erſchienenen Entwickelungen, z. B. in den Annales d'Higiène legale, keine Rückſicht genommen hat. Auch über die einzelnen Krankheitsformen iſt in einer andern Ordnung als in der vorigen Auflage gehandelt. Eine mit vielen neuen Forſchungen vermehrte Erörterung iſt die über die mania sine delirio (S. 340—399.). Der Verf. weiſet das Daſeyn dieſer Krankheitsform überzeugend nach; es iſt zu bedauern, daß manche in deutſchen Ständeverſammlungen gegen dieſe Krankheit angeführten Einwendungen (die freilich oft zeigen, daß die Redner den Gegenſtand ſehr wenig gründlich erforſcht haben) nicht widerlegt, und daß er in dieſer Lehre, wie in Bezug auf andere Seelenſtörungen nicht das ausgezeichnete Werk a Treatise on medical jurisprudence of insanity, by Ray, Boston 1838, nicht gekannt hat. Ueber die Monomanie hat der Verf. in der vorliegenden Ausgabe S. 399. manchen neuen Beitrag geliefert; die Bemerkungen von Ranter gegen die Annahme dieſer Krankheitsform und die Erinnerungen von Schnitzer in der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit S. 250. ſcheint er nicht gekannt zu haben. In der Erörterung über die Zurechnung der in hellen Zwiſchenräumen verübten Handlungen (S. 425.) hätte die gute Darſtellung von Ray treatise on medical jurisprudence p. 319. (chap. XIV.) nicht unbenutzt bleiben ſollen. Neu iſt in der jetzigen Auflage S. 445. das Kapitel über die Zurechnung der Verwundeten, und S. 452. werden Einwendungen gegen die Zurechnungsloſigkeit der in der Epilepſie vorgenommenen Handlungen widerlegt. Viele wichtige Zuſätze enthält das Kapitel über die Zurechnung der Gebährenden (S. 485.). Auch hier hätten die Bemerkungen von Schnitzer S. 132—156. benutzt werden ſollen. Im Kapitel über Trunkenheit widerlegt der Verf. (S. 518.) ausführlich die Anſichten von Mittermaier, indem H. Friedreich nachzuweiſen ſucht, daß auf die Verſchuldung der Trunkenheit bei der Zurechnung nichts ankommen dürfe. Es wäre intereſſant geweſen, wenn der Verf. auch auf die Verhandlungen der landſtändiſchen Kammern über den Gegenſtand und auf die weit ſtrengeren Anſichten der engliſchen Juriſten (ſ. auch Ray treatise p. 413.) Rückſicht genommen hätte. Auf jeden Fall hat das ohnehin ſchon ſehr

werthvolle Werk von Friedreich durch die neue Ausgabe ſehr gewonnen. Möchte es nur recht allgemeinen Eingang bei denjenigen finden, die mit Strafgeſetzgebung ſich beſchäftigen, und leider, wie oft die landſtändiſchen Verhandlungen lehren, ſehr wenig mit den Fortſchritten der gerichtlichen Pſychologie ſich vertraut machen.

Druckfehler

im zweiten Stücke.

S. 169. Z. 12. vor: Unterſchied, fehlt: ohne
— 175. — 12. ſtatt: hier, lies für
— 176. — 12. — nur, — nun
— 177. — 13. — ihm, — ihn

Halle,
Gebauer-Schweiſchkeſche Buchdruckerei.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1842.
Viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1842.

Inhalt.

XVII. Beobachtungen aus der Praxis, soweit sie die Anwendung unserer neuen Strafgesetzbücher schwierig und zweifelhaft gezeigt hat. Von Herrn Oberjustizrath Birkler in Tübingen. S. 473

XVIII. Beiträge zur Lehre von Injurien. Von Herrn H. K. Hofmann II., Advokaten in Darmstadt. (Beschluß des Aufsatzes Nr. XIII. im vorigen Stücke.) — 497

XIX. Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist? Von Herrn Friedrich Chop, Herzoglich Anhaltischem und Fürstlich Schwarzburgischem Oberappellationsrathe in Zerbst. — 519

XX. Ueber die Verbrechen des Land- und Hausfriedensbruchs. Von Herrn Ministerial-Secretär Dr. Fr. Schwarze in Dresden. —

XXI. Ueber die rechtlichen Grenzen der Befugniß, die Correspondenz Angeschuldigter als Mittel der Begründung des Verdachts und des Beweises zu benutzen. Von Abegg. S. 5

XXII. Das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt; praktisch erläutert von Herrn Dr. Ludwig von Jagemann, Großherzoglich badischem Hofgerichtsrath und Staatsanwalt zu Freiburg. — 5

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1842. Viertes Stück.

XVII.

Beobachtungen aus der Praxis,

soweit sie die Anwendung unserer neuen Strafgesetzbücher schwierig und zweifelhaft gezeigt hat *).

Von

Herrn Oberjustizrath Zirkler

in Tübingen

Durch die Aussage eines 14½jährigen Mädchens war ein 57jähriger Schullehrer einer an dieser Schülerin versuchten Verführung zur Unzucht beschuldigt. Sie war um die Mittagszeit in einer sichtbaren Alteration nach Haus gekommen, hatte anfangs aus Verschämtheit nicht gesagt, was ihr begegnet sey, bis sie ihre Mutter bei Seite nahm,

*) Eine Reihe solcher Beobachtungen wird den Lesern des Archivs nicht unwillkommen seyn, und wir gedenken sie in den folgenden Heften fortzusetzen. Den Anfang mag ein Sujet schmutziger Art machen, in der Hoffnung, daß das Interesse der Rechtstheorie, die sich darin mehrfältig abspiegeln kann, den Ekel überwinden wird.

dann aber auf eine die Ihrigen sogleich moralisch überzeugende Weise angegeben: bei der Entlassung der Schüler habe er ihr aufgetragen, ihm für zwei Kreuzer Nüsse zu holen; habe ihr, nachdem sie ihren Auftrag befolgt gehabt, einen Kreuzer darauf bezahlt und den andern in das Haus zu bringen versprochen, ihr aber zugleich Liebkosungen gemacht, sie zum Züngeln veranlassen wollen, wozu sie sich aber, ohne daß er von seiner Zudringlichkeit abgelassen, nicht verstanden, dann aber ihr sein aufgeregtes Glied vorgezeigt und ihr angesonnen, dasselbe in die Hand zu nehmen, wozu er die ihrige in seine Hosen geführt. Als sie sich gegen diese Zumuthungen gesträubt und fortgewollt, habe er sie bei verschlossener Stubenthüre auf eine Schulbank niedergelegt, ihr, mit entblößtem Gliede vor ihr stehend, den Rock aufgehoben und die Genitalien betastet, bis er sie über den Lärm der aus einer entfernteren Stube entlassenen jüngeren Schüler endlich unter angelegentlicher Empfehlung, ja nichts von dem Vorgefallenen zu sagen, gehen gelassen.

Die Eltern, welche er unter dem Vorwande, den schuldigen Kreuzer zu bringen, noch an demselben Abende besucht und vergeblich durch Geldanerbieten und noch glänzendere Versprechungen zu beschwichtigen und sie zu bewegen versucht hatte, ihr Kind ja zum ununterbrochenen Schulbesuche bei ihm zu veranlassen, erhoben gegen den früher wegen Ehebruchs und Umganges mit leichtsinnigen Weibspersonen bezüchtigten und wegen eines dazu Anlaß gegebenen verdächtigen Zuwandels von seinen Vorgesetzten verwarnten Schullehrer Klage über diesen Vorfall, der, sobald er bekannt wurde, in dem Orte das größte Aufsehen erregte, und das Mädchen wiederholte ganz übereinstimmend mit der Angabe der Eltern ihre Beschuldigungen auf eine sehr unverdächtige Weise vor Gericht. Sie fügte noch bei, daß er schon längere Zeit ihr viele Nach-

sicht bewiesen und in der Schule sich öfters dicht in ihre Nähe gesetzt.

Der Angeschuldigte versuchte anfangs den ganzen Vorfall zu läugnen und als eine Verläumdung darzustellen, obgleich er den Abfindungsversuch nicht in Abrede stellen konnte. Zuletzt aber bequemte er sich zu einem sehr unwahrscheinlich beschränkten Bekenntnisse, indem er die Liebkosungen und das dem Mädchen zugemuthete Zungenspiel, wozu sie sich, wie er im Widerspruche mit dem Mädchen behauptete, bereitwillig verstanden habe, zugab. Dadurch sey ihm allerdings die Lust gekommen und er habe auch dem Mädchen sein aufgeregtes Glied, nachdem er vorher ihre Hand in den Hosenlatz gesteckt, jedoch nicht völlig entblößt, gezeigt, auch sie auf die Bank niedergelegt, die Röcke aufgehoben und die Genitalien betastet. Nur sey es falsch, daß er mit entblößtem Gliede vor ihr gestanden, wiewohl er einmal auf diesen Vorhalt die schwankende Antwort gab:

„Ich kann mich nicht entsinnen, noch entblößt gewesen zu seyn; weiter zu gehen hatte ich schon gar nie im Sinne. — Ich meinte es nicht so, es hätte ja jeden Augenblick Jemand hereinkommen können. Es war nur ein Moment des Entblößens und Stehenlassens; dann setzte ich sie auf eine Bank, hob ihr den Rock auf und spielte mit den Fingern an ihren Schamtheilen, und dann kam ich auf einmal zur Erkenntniß meiner Sünde. — An eine Wollustbefriedigung dachte ich nicht; es wäre schon keine Möglichkeit gewesen, weil sie noch ein Kind ist, so wäre es ja schrecklich gewesen, wenn ich es gethan hätte."

Dabei gab er aber wiederholt zu und kam öfters davon zurück, daß es nicht so weit gekommen,

„wenn er nicht im Wahnsinn, im Taumel, von einem bösen Geiste besessen gewesen wäre. — Es war halt mein böser Geist gewesen, der mir dieses eingab."

Auf den Vorhalt der Angaben des Mädchens, daß er von Weiterem abgestanden, weil eben ein Geräusch in der Nebenstube dadurch entstanden, daß die junge Schule entlassen wurde, antwortete er:

„Sie wird nicht sagen können, daß ich die geringste Gewaltthätigkeit verübt, ich wollte nicht weiter gehen, und meinte, die andere Schule sey schon ausgegangen gewesen."

Daß er sie ausgezeichnet und öfter sich nahe zu ihr hingesetzt habe, stellte er gleichfalls nicht in Abrede; dies sey aber nur geschehen, um mit ihr in das Buch zu sehen und weil sie ihm als Schülerin Freude gemacht und gut gelernt habe.

Ein eigentliches Nothzucht-Attentat konnte nun im vorliegenden Falle nicht angenommen werden, trotz dem einbekannten Zurückhalten des Mädchens, das sich entfernen wollte und in Weinen ausbrach, und des unmittelbar darauf folgenden Hindrückens auf eine Schulbank. Drohungen hat er sich nicht erlaubt, und der beabsichtigten Durchführung mittelst absoluter Gewalt widersprechen Zeit und Ort. Die Liebkosungen und schmutzigen Einleitungen, welche der Angeschuldigte sich herausnahm, indiciren zur Genüge, daß er ihren Geschlechtstrieb aufreizen wollte, im Verein mit dem den Widerstand lähmenden Abhängigkeitsgefühle einer Schülerin, sich in den vorgehabten Mißbrauch zu ergeben.

Die Artikel des Württembergischen Strafgesetzbuches, deren Anwendung hier in Frage kommen konnte, sind dahin die mit „Verführung zur Unzucht" überschriebenen folgende:

Art. 297:

„Wer eine Person, die das vierzehente Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, zur Unzucht mißbraucht, ist nach Verschiedenheit der im Art. 295. genannten Fälle mit der auf die Nothzucht gesetzten Strafe zu belegen; sollte sich jedoch ergeben, daß eine zu solchem Zwecke mißbrauchte Frauensperson schon mannbar gewesen ist, so kann im Falle der Ziff. 3. des Art. 295. bis zum niedrigsten gesetzlichen Maaßstab des Arbeitshauses herabgestiegen werden."

„Ist gegen die Person Gewalt gebraucht worden, so darf auf keine geringere als die in Ziff. 2. des erwähnten Artikels bestimmte Strafe erkannt werden."

Art. 298:

„Haben Pflegeltern, Vormünder, Beichtväter, Erzieher oder Lehrer, Vorsteher oder Aufseher von öffentlichen Anstalten ihr Verhältniß zu ihren Pflegkindern, Mündeln, Beichtkindern, Zöglingen oder Untergebenen dazu mißbraucht, diese Personen zur Unzucht zu verführen, so sind die Thäter, wenn die verführte Person das vierzehente Jahr zurückgelegt hatte, mit dem Verlust der bürgerlichen Ehren und Dienstrechte und mit Kreisgefängniß nicht unter sechs Monaten zu bestrafen."

Auch der erste dieser Artikel konnte auf den Angeschuldigten nicht angewendet werden, ungeachtet die Mannbarkeit des Mädchens nach dem Ergebniß der ärztlichen Untersuchung kaum entwickelt war. Denn sie hatte das vierzehnte Jahr zurückgelegt, und nach dem Gesetz soll einzig das Alter entscheiden, da, obgleich der umgekehrte Fall der frühzeitigen Mannbarkeit eines Mädchens unter 14 Jahren als Milderungsgrund anerkannt und aufgenommen wurde, nach den ständischen Verhandlungen dem Vorschlage, die Strafe dieses Artikels auf factische Unmannbarkeit eines

über 14 Jahre nicht alten Mädchens auszudehnen, aus triftigen Gründen keine Folge gegeben wurde, und eine solche Ausdehnung auch in dem vorliegenden Falle sogar unbillig gewesen wäre, da die zurückgebliebene Entwickelung dem äußerlich wohlgebildeten Mädchen nicht anzusehen war. Wo Rechtsverschiedenheiten von Zeit- und Altersbestimmungen abhängig gemacht werden müssen, ist auch eine durchgreifende Willkür unvermeidlich, und es zerstört alle Rechtsgewißheit und führt zu einer aequitas cerebrina, wenn man hier das förmliche Recht durch das wirkliche meistern will.

Man war daher darin einig, daß der Art. 298. über Schuld und Strafe entscheiden müsse. Dies vorausgesetzt, stellte nun der Referent seinen Antrag voran, den Angeschuldigten des versuchten Beischlafs mit seiner Schülerin für überführt anzunehmen, wodurch jede Streitfrage über den Thatbestand des Verbrechens nach dem Sinne des Artikels überflüssig geworden wäre. Könne gleich die Aussage des Mädchens nicht als ein klassisches Zeugniß gelten, so sey sie, bei ihrer sich bei den Eltern und bei den vielen Verhören stets gleichgebliebenen, weder aus Verläumdung noch aus einer ausschmückenden Erdichtung zu erklärenden Umständlichkeit, nicht nur von der stärksten innern Glaubwürdigkeit, sondern sie werde ja durch die abgelegten Bekenntnisse des Schullehrers im Wesentlichen auch äußerlich bestätigt.

Diese Bekenntnisse seyen ihm nach anfänglichem hartnäckigen und nach dem erwiesenen Absindungsversuche der Eltern auch unverschämtem Abläugnen des ganzen Vorfalls offenbar durch die Macht der Wahrheit abgedrungen worden. Im sichtlichen Kampfe habe er, bevor er sich dazu bequemt, noch den Inquirenten gefragt, ob er nun seinen Dienst verlieren müsse, und ob es nicht angehe, daß man ihn in einen entfernten Winkel des Königreichs auf eine

andere Schule versetze? Daß er diese ihm so schwer ankommenden Bekenntnisse noch mit jeder ersinnlichen Beschränkung ausgestattet, sey so unwillkürlich und vergeblich, als die Gesticulationen eines Kegelspielers, der der fehlenden Richtung einer seiner Einwirkung nicht mehr gehorchenden Kugel noch mit Händen und Füßen nachzuhelfen suche. Sein Vertheidigungsplan gehe dahin, glauben zu machen, daß er noch keinen bestimmten Vorsatz gehabt, oder doch diesen Vorsatz, bevor er zur Ausführung gekommen, freiwillig aufgegeben, und schon der Widerspruch, der in diesem Schwanken liege, mache diese Beschränkungen verwerflich, welche überdies den Thatsachen widersprechen. Denn wer, wie der Angeschuldigte, so nahe am Ziele einer möglichen Befriedigung und durch die gewöhnlichen Mittel sich selbst den Weg zu diesem Ziele bahnend, mit Vorbedacht das ohne Befriedigung nicht mehr zu bändigende, im Menschen der Erscheinung die Wahlfreiheit aufhebende wilde Thier des Geschlechtstriebes im eigenen Fleisch anhetze und auch in der Frauensperson aufzureizen und loszulassen suche, der zeige genugsam, daß es ihm um mehr als um den bloßen Geruch von einem Braten zu thun gewesen, daß er auf ein fleischliches Ende losgegangen sey. Die Heftigkeit einer blind zum Extrem führenden Leidenschaft bewähre der sprechende Umstand, daß er die unverschlossene Thüre seines Schulzimmers und die Nachbarschaft der noch nicht entlassenen jüngern Schule ganz vergessen und Handlungen unternehmen konnte, die ihn vor den Augen jedes Zuschauers des beabsichtigten Beischlafs schuldig darstellen mußten; denn wer werde sich ohne Ernst einem solchen Scheine aussetzen?

Aus demselben Grunde könne auch kein freiwilliges Abstehen vom Versuche angenommen werden. Die Angaben des Mädchens machen es höchst wahrscheinlich, daß *der Lärm der* entlassenen jüngeren Schüler ihn bewogen

habe, die Widerstrebende endlich gehen zu lassen, und diese zufällige, nicht bedachte, vom Willen unabhängige Unterbrechung, (vergl. Art. 73. des Strafgesetzbuches,) welche bei dem schlimmsten Vorsatze den Muth zum Weitergehen niederzuschlagen vollkommen geeignet war, könne so wenig als ein freiwilliges Abstehen betrachtet werden, wie wenn der im Einschleichen oder Einsteigen begriffene Dieb, durch ein Geräusch erschreckt, sich davon macht.

Halte man sich aber an die oben ausgehobenen Bekenntnisse des Angeschuldigten, so wäre es die aus der Betastung der Genitalien gewonnene Ueberzeugung ihrer noch zu wenig entwickelten Mannbarkeit gewesen, wodurch er kurz vor dem Aufbruche der jüngeren Schule über die Unausführbarkeit zur Besinnung gekommen war, mochte auch dieser dazu beitragen, seinen schwankenden Vorsatz schneller zu entscheiden. Ein solches Erwachen sey unter den Umständen der Zeit und des Orts keineswegs unglaublich, weil sich die Einsicht aufdringen müßte, daß die unvermeidlichen Schmerzen den bereits vorhandenen Widerstand des Mädchens zu einem Aufsehen erregenden Geschrei steigern würden, so daß weder auf die Schüchternheit einer Schülerin, noch auf den in ihr erwachten Geschlechtstrieb mehr zu rechnen war, und verdiene als dem Angeschuldigten vortheilhafter den Vorzug. Aber auch diese Hypothese bilde keinen freiwillig aufgegebenen und daher straflosen Versuch, so wenig, als der des Diebes, welcher die angelegte Leiter zu kurz oder zu lang, oder die Oeffnung zu enge finde, um einsteigen zu können.

Die Majorität verkannte zwar die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Ausgeführten nicht, welche zur Absolution von der Instanz genüge, trug jedoch Bedenken, dasselbe als juridisch gewiß anzunehmen und der totalen Verwerflichkeit der den einbekannten Thatsachen beigefügten Beschränkungen beizutreten. Es sey nicht unglaublich,

daß der Vorsatz des Angeschuldigten ein noch unbestimmter, wenigstens kein fester gewesen, da es der befleckten Phantasie eines alten Wüstlings nicht ungleich sehe, daß ihm eine widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes durch uneigentlich sodomitische Handlungen genügend und die Absicht des Beischlafes nur eine eventuelle gewesen wäre. Sey er nun von seinen unzüchtigen Handlungen überhaupt abgestanden, bevor es zu diesem höchstens vorbereiteten Beischlafe gekommen, und zwar in der Ueberzeugung der Unausführbarkeit ohne eine vom feigen Verführer von Anfang nicht bezweckte Gewalt, so müsse dieses einem freiwillig aufgegebenen Versuche gleich erachtet werden.

Durch diesen Beschluß entstand eine nicht geringe Schwierigkeit der Beurtheilung der Schuld und Strafbarkeit des Angeschuldigten, weil es als zweifelhaft erschien, was das Gesetz zum Thatbestande und zur Consummation des Verbrechens der Verführung zur Unzucht erfordere? Ob dazu beim Versuche, wie sich versteht, als eine in mehr als bloße Vorbereitungen übergegangene Absicht nachzuweisen, naturgemäßer Beischlaf, oder mindestens eine durch den Schlußartikel 310. des fünften Kapitels im zweiten Titel des besondern Theils bezeichnete widernatürliche Unzucht wesentlich gehöre?

Der Referent hatte zwar für den Fall, daß die angetragene Ueberführung nicht durchgehe, der Auslegung des v. Hufnagel'schen Commentars Band II. S. 246. beigepflichtet, nach welcher sogar unzüchtige Manipulationen und Betastungen, welche gegen eine Nichteinwilligende als Injurien strafbar seyen, zu dem Verbrechen der im Art. 298. verpönten Verführung schon genügen, und ihn auch unter dieser Voraussetzung als schuldig angenommen, weil diese Verbrechen häufig in den Gränzen eines bloßen Versuches stehen bleiben, der auch glücklich, oder durch das Ver-

dienst sittlichen Abscheues überstanden, dem Gegenstande der Verführung in der Nachwirkung nicht ungefährlich bleibe, weshalb der Weisheit des Gesetzgebers der Verstoß gegen die Criminalpolitik unmöglich zugetraut werden könnte, dasselbe auf eine Art haben zeichnen zu wollen, daß es bei der in der Regel zu erwartenden Abläugnung eines festen oder ernsten Vorsatzes straflos bleiben müsse.

Allein auch dieser Ansicht wurde nicht ohne Schein entgegen gehalten:

1) Der Art. 307. schreibe ganz allgemein vor:

„Das Verbrechen oder Vergehen ist in den Fällen der Art. 295. 297—299. 301 bis 303 und 305. für vollendet zu achten, wenn körperliche Vereinigung erfolgt ist."

Diese körperliche Vereinigung verlange also das Gesetzbuch auch im Falle des Artikels 298.

2) Der Art. 310:

„Wer sich widernatürlicher Unzucht schuldig macht, soll im Falle eines dadurch erregten öffentlichen Aergernisses*), oder auf Klage des Beleidigten mit Kreisgefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft werden. Statt des Beleidigten sind auch dessen Eltern oder Ehegatten selbst wider Willen des ersteren zur Klage berechtigt",

definire zwar die widernatürliche Unzucht nicht. Aus den Motiven zum Regierungs-Entwurfe S. 251 und 252. erhelle jedoch, daß darunter nur die gröberen Acten, nämlich die sodomia ratione generis et sexus mit Ausschluß der sodomia *ratione ordinis naturae* gemeint seyen. Es sey daher bei den Gerichtshöfen bestritten, ob und in wiefern die Onanie, die Selbstbefleckung, auf welche nach der Meinung der Majorität der Angeschuldigte

*) Was hierunter zu verstehen, darüber herrscht ein nicht hierhergehöriger großer Streit unter den Auslegern, auf den wir ein andermal zurückkommen werden.

zunächst ausgegangen seyn konnte, und die man, wenn eine Person des andern Geschlechts dazu mißbraucht werde, jedenfalls nur unter die sodomia ratione ordinis naturae rechnen könne, zu den gerichtlich zu bestrafenden Verbrechen gehöre. Es stehe also sehr dahin, ob er mit einer andern Strafe, als höchstens der des Art. 53. des Polizei-Strafgesetzes belegt werden könne, wobei die des Scandals wegen gebotene Entfernung von seinem Schulamte dem Antrage der Verwaltungsstelle nach dem Art. 47. der Verfassungs-Urkunde zu überlassen wäre.

Bei der Wichtigkeit und Zweifelhaftigkeit dieser Fragen wurde die weitere Berathung auf ein sorgfältiges Studium der Verhandlungen ausgesetzt, denen besonders die 50ste Sitzung der Kammer der Abgeordneten gewidmet worden ist. Obgleich nun diese auf eine genaue Erörterung des Umfanges der correspondirenden Artikel 297 und 298. nicht eingegangen sind, sondern sich mehr mit drei anderen Fragen beschäftigt haben, so überzeugte sich dennoch das Collegium durch ihre Vergleichung zuletzt einstimmig von der Thesis:

> daß sie von jeder Art der Unzucht zu verstehen sind, wozu nicht blos die Geschlechtstheile, sondern der Körper, oder der dazu hergegebene Leib einer unmündigen oder untergebenen Person mit Gefahr ihres physischen oder sittlichen Verderbens mißbraucht werden kann.

Hat sich gleich kein Kammermitglied über diesen Umfang des Verbrechens mit demonstrativer Gewißheit ausgesprochen, so sind doch unsere Gesetzgeber von dieser Voraussetzung unverkennbar ausgegangen. Schon das gebrauchte Wort „Unzucht" spricht nach seiner gemeinen und technischen Bedeutung um so mehr dafür, als es absichtlich statt „Beischlaf" gewählt ist, und es hat auch der Kanzler v. Wächter auf einen sonst sehr scheinbaren Einwurf des Abgeordneten von Wocher, der schon aus der Be-

Bestimmung des 14ten Lebensjahres folgern wollte, daß der Entwurf nur vom weiblichen Geschlechte gemeint seyn könne, in jener 50sten Sitzung S. 31. 32. erwiedert:

„Wenn es hieße, zum Beischlaf mißbraucht, so hätte der Abgeordnete Wocher Recht; allein es ist blos von Unzucht die Rede."

v. Schwab neigte sich zwar nach den Notizen des Regierungs-Entwurfes zu der Wocher'schen Deutung hin. Allein ꝛc. v. Prieser pflichtete dem Kanzler unter Beziehung auf den generellen Ausdruck „Person" bei, und fand keinen Widerspruch.

Um also jenen Ausdruck des Artikels in einem engeren Sinne zu nehmen, müßten die Rechtfertigungsgründe aus den übrigen Artikeln des citirten, die Fleischesvergehen in dem Strafgesetzbuche abschließenden Kapitels nachgewiesen werden. Diese könnte man zwar versucht werden, in den oben vorangestellten Einwürfen zu finden. Allein es ist leicht zu zeigen, daß diese doch nur von scheinbarem Gewichte sind; denn

zu 1. Das erste Argument beweist nichts, weil es zuviel beweist. Der Art. 307. ist aus dem Entwurfe Art. 289. ohne Debatte in das Strafgesetzbuch wörtlich übergegangen. Die Motive zum letztern S. 249. ergeben aber klar, daß durch ihn nur die alte Streitfrage erledigt werden sollte, ob zur Vollendung außer der Vereinigung der Geschlechtstheile noch emissio oder gar immissio seminis gehöre, an welcher letzteren Behauptung die Praxis des K. Obertribunals mindestens in früheren Zeiten noch festhielt und auch in den Gerichtshöfen verschiedene Meinungen vorkamen. Er hat also nur den verneinenden Sinn; das Unzuchtvergehen, sofern es durch naturgemäßen Beischlaf begangen wird, (was freilich die Art. 297 und 298., so wie das weibliche Geschlecht zunächst,

aber nach von Wächter's richtiger Bemerkung l. c. nicht ausschließend im Auge haben,) ist mit Abschneidung jeder weiteren nur zu schmutzigen Untersuchungen führenden und in der Regel nicht erweislichen Erfordernisse schon dann für vollendet zu erachten, wenn die Vereinigung der Geschlechtstheile erfolgt ist.

Daß der Art. 307. in dem Entwurfe nur diese gemeint hatte und folglich verschiedene Geschlechter voraussetzt, das sagen die Motive mit dürren Worten, und es erhellt auch ganz unzweideutig aus dem Umstande, daß der Art. 296, welcher vom Zwange zur Päderastie handelt, in der Rückweisung übergangen ist, bei welchem nie eine Vereinigung verschiedener Geschlechtstheile erfolgt und die immissio seminis, welche man ehemals wegen der Gefahr einer unwillkürlichen Schwängerung als Gipfelpunkt der Consummation zu betrachten pflegte, keinen weitern Schaden stiften kann. Beweis genug, daß dieser Artikel, obgleich er die verführerische Ueberschrift „Allgemeine Bestimmung" trägt, doch in keiner positiven und durchgreifenden Allgemeinheit zu verstehen, welche jede Handlung, auf die er nicht anwendbar ist, von der Reihe der strafbaren Fleischesvergehen ausschlösse. Argumentirt man so, wie es in dem ersten der obigen Einwürfe geschehen ist, so käme man auf den von Wocher'schen Schluß, daß an einem Knaben unter oder über 14 Jahren die Verbrechen der Art. 297 und 298. besonders von keiner Mannsperson begangen werden könne, wogegen sich die Verhandlungen doch an mehreren Stellen bestimmt ausgesprochen haben.

Zu 2. Eben so wenig sind die Bestimmungen des Art. 310. concludent, um dem in den Artikeln 297 und 298. gemeinten Begriffe der Unzucht eine Bedeutung zu geben, welche weniger umfaßt, als die Meinung des *Publikums*, die Doctrin und das alte Recht in regard

einer Gestalt als wahre und strafbare Unzucht anzusehen gewohnt war.

Schon über den Sinn des erstgenannten Artikels läßt sich streiten und wird bekanntlich bei den Gerichtshöfen, namentlich in Beziehung auf die Frage, ob die Onanie hieher gehört, wenn sie wegen gegebenen Aergernisses oder auf eine von dem Willen des Befleckten nicht abhängige Klage der Eltern und Ehegatten in Frage kommt, sehr gestritten. Die Einen bejahen sie, die Andern verneinen sie, und in einem von der Verschiedenheit der Fälle herrührenden Sinne können leicht Beide Recht haben. Die einfache Selbstbefleckung, wobei derjenige, welcher sie treibt, als Thäter und Damnifikat erscheint, ist auch nach altem Rechte nicht als strafbar, angesehen worden, wird, in der Regel geheim getrieben, selten ein öffentliches Aergerniß, noch weniger zu einer gerichtlichen Klage gegen die mitleidwürdige Person selbst Anlaß geben, welche man vielmehr dem Arzte, dem Erzieher, dem Beichtvater ꝛc. überläßt.

Allein eine andere Frage ist die, ob ein Verbrechen gegen die eigene Person, das man so wenig als den Selbstmord straft, auch einem Dritten, der dazu behülflich ist oder dazu verführt, straflos hingehen dürfe, und in dieser Beziehung nicht den Eltern gerechten Stoff zu einer gerichtlichen Klage geben könne?

Insbesondere aber dürfte Bauer in Demme's Annalen Bd. XVI. im Juli-Hefte von 1841. S. 12. in dem ihm vorgelegenen, an den unsrigen gemahnenden Falle richtig geurtheilt haben, aus dem es genügen wird, folgende Stelle auszuheben:

„Allein als bloße Selbstbefleckung läßt sich jedoch die vom Inculpaten mit mehreren jungen Burschen getriebene Unzucht keineswegs betrachten, indem diese theils darin bestand, daß er Knaben und Jünglinge dahin brachte, daß sie sein männliches Glied reiben und da-

durch eine Saamenergießung bewirken mußten, theils gegenseitig ihre Schamtheile auf gleiche Weise ergriff und manipulirte, theils sie auf unzüchtige Weise küßte, ihnen seine Zunge in den Mund steckte und an ihren Zungen sog."

„Alles dieses geht über den Begriff der Onanie weit hinaus und paßt sowohl unter den Begriff der Knabenschändung, als unter die Worte der Halsgerichtsordnung Art. 116:

„so ein — Mann mit — Mann Unkeusch treiben."

Die Württembergische Praxis nannte Vergehen dieser Art uneigentlich sodomitische Handlungen, welche eben so gut auch zwischen Personen verschiedenen Geschlechts vorkommen können, und hat sie nie straflos gelassen. Die falsche Liberalität, solche Unzuchtarten aus der Liste der Verbrechen ausmerzen zu wollen, läßt sich keinem unsrer Gesetzgeber zutrauen, und die mehr auf eine eindringliche Eleganz der Darstellung und einen leichten Ueberblick, als auf scholastische Pünktlichkeit berechneten Motive zu unserem Regierungs-Entwurf, die ohnehin keine Gesetzeskraft haben und nur zur Erläuterung dienen, müssen in dieser Beziehung cum grano salis verstanden werden.

Sie scheinen allerdings die sodomia ratione ordinis naturae unbedingt auszuschließen und folglich außer der Bestialität dieselbe nur unter Personen gleichen Geschlechtes zuzulassen; allein wie diese gemeint war, ergiebt der Beisatz:

„welche letztere nur in Eheſtreitigkeiten vorkommt, und aus dem Gesichtspunkte der Verweigerung der ehelichen Pflichten vom Eherichter betrachtet werden soll." (!?)

Die Motive hatten also nur Eheleute vor Augen, welche, um keine Kinder zu zeugen, den Beischlaf nur bis zur Stillung der *Geilheit vollziehen*, etwa gar Contons zu Hülfe nehm-

men, nach einem bekannten Vorurtheile den Zeitpunkt der monatlichen Reinigung mißbrauchen ꝛc.

Eine ſolche Betttuchhurerei mag allerdings beſonders für den weiblichen Theil phyſiſch nachtheilig ſeyn und zu Hyſterien führen. Allein ſie verletzt, mit Einwilligung geſchehen, kein die Eheleute bindendes Keuſchheitsgeſetz, und erſcheint wider Willen des einen oder des andern Theils verübt lediglich als Injurie im weiteſten Sinne des Worts gegen den zur naturgemäßen Befriedigung vollkommen berechtigten Gatten und daher nach der Analogie der desertio malitiosa zur Würdigung des Eherichters geeignet. Auch unter Nicht-Eheleuten erledigen ſich ſolche Unarten des naturgemäßen Beiſchlafes, wie ſie in Ehedisſidien gewöhnlich zur Sprache kommen, von ſelbſt durch die Theſis, daß zum Ehebruche, wie zur Scortation, emissio und immissio seminis nicht mehr gefordert wird und die Vereinigung der Geſchlechtstheile genügt. Allein die Lücke wäre doch auffallend, wenn der Richter auf die Subſumtion unter dieſe Verbrechen beſchränkt wäre, welche weſentlich naturgemäßen Beiſchlaf vorausſetzen, und der Mißbrauch des Körpers einer Perſon des andern Geſchlechts außer ihren Geſchlechtstheilen zur Wolluſtbefriedigung ſtraflos hinginge, und weder den Vater noch den Gatten der Gemißbrauchten zu einer Klage berechtigte, obgleich die Handlung zu gleichem, ja ärgerem phyſiſchen und beſonders ſittlichen Verderben führt und die ſchuldige eheliche Treue ſo ſtark verletzt, daß die angeſehenſten Canoniſten die von einem Gatten mit einer Fremden getriebene Sodomie mit Einſchluß der ſogenannten sodomia passiva, wodurch ein Weib ihren Leib außer den Geſchlechtstheilen einem Andern zur widernatürlichen Befriedigung ſeines Geſchlechtstriebes hergiebt, dem Ehebruche, als der einzigen beſtändigen Ehetrennungs-Urſache, von jeher gleichgeſtellt haben.

Sanchez, de matrimonio, L. X. Disp. 4.
Engel, Coll. Juris canon. L. IV. Tit. 3. §. 3. Nr. 13.

Daß dieses die Absicht des Gesetzgebers nicht wohl seyn kann, läßt schon der Art. 296. vermuthen, welcher bei angelegter Gewalt, gefährlicher Bedrohung oder arglistiger Betäubung der Sinne einen solchen Mißbrauch ohne Unterschied der Geschlechtsverschiedenheit der Nothzucht gleich bestraft, und unstreitig die Artikel 297 und 298. den beiden vorangehenden paralleliſiren wollte.

Mag man daher auch über den Umfang des Art. 310. controvertiren, so viel man will, und uneigentlich sodomitische Handlungen zwischen Personen verschiedenen Geschlechts über 14 Jahren nur nach dem Polizei-Strafgesetz bei einem erregten öffentlichen Aergerniß bestrafen zu dürfen der Meinung seyn, ohne den Eltern und dem Gatten gegen andere Personen; als die im Art. 298. genannten, eine Klage zu gestatten, so bleibt doch so viel gewiß, daß die Verbrechen der Verführung zur Unzucht in einem umfassenderen Sinne verstanden werden müssen. Die Verhandlungen haben zwar nur beiläufig der Päderastie, als unter die Artikel gehörig, erwähnt; allein daß diese nicht ausschließlich gemeint seyn konnte, erhellt aus dem schlagenden Beispiele, daß sie gewiß die beim weiblichen Geschlechte vorkommende sogenannte lesbische Liebe, besonders wenn sich schmutzige Handlungen dieser Art die Vorsteherin eines Erziehungs-Instituts schuldig gemacht hatte, so wenig ausschließen wollten, als wenn ein Schullehrer seine Schülerin modo praepostero mißbrauchte.

Daß diese und andere Unarten von keinem Kammermitgliede genannt worden sind, ist der flüchtigen Debatte zuzuschreiben, welche, mit anderen Fragen beschäftigt, über den Umfang in kein Detail einging, was daher dem durch

die Ueberlieferung des bestehenden Rechts erleuchteten Ermessen des Richters überlassen bleibt. Und dieser hat die ratio legis zu fixiren, dessen Verfasser zwar hauptsächlich und zunächst das weibliche Geschlecht und zwar in seiner physischen Entwickelung vor Augen hatte, aber doch eben so sehr auf die geistige Entwickelung und auf den Standpunkt der Gefahr des sittlichen Verderbens sah, gegen das das eine, wie das andere Geschlecht zu verwahren sind, und welches in der tiefen Herabwürdigung durch den von jeder ihn vermenschlichenden Liebe entkleideten animalischen Trieb besteht.

„Es handelt sich hier von einem Sittlichkeits-Gesetz, und es ist von Interesse, dem Richter nur solche Anhaltspunkte zu geben, die der Sittlichkeit angemessen sind",

sagte v. Plesser l. c. S. 33.

Kanzler v. Wächter:

„Ein Hauptgrund, der für den Entwurf gilt und spricht, ist der, daß es auf die sittliche Verführung besonders ankommt."

Auch v. Gmelin spricht S. 41. von einem widernatürlichen Unzuchtsvergehen als strafbar und hieher gehörig, worunter nur eine sodomia ratione ordinis naturae gemeint seyn konnte.

v. Zwergern endlich erwähnte bei der Berathung des Art. 498. der Verleitung der Knaben zur Onanie, ohne daß sich irgend ein Widerspruch erhoben hat.

Da übrigens diese beiläufig ausgesprochenen Voraussetzungen ohne eine förmliche Beschlußnahme über den Umfang in den Protokollen niedergelegt sind, so bleibt der Doctrin und der Praxis die immer noch kritische Aufgabe,

dieselben richtig zu fixiren, ohne in das Vage überzuschweifen, und die im Bloßgeben jedes geilen Gedanken liegende, an die Kirchen-Convente oder in das Gebiet der Injurien zu verweisende Unsittlichkeit mit dem zu vermischen, was als criminell dem Strafgesetze verfallen ist.

Die Vergleichung des alten Rechts mit jenen Verhandlungen und deren daraus hervorgegangenen Bestimmungen des Strafgesetzbuches dürfte zu folgenden Anhaltspunkten führen:

I. Kein nach dem fünften Kapitel des zweiten Titels des besondern Theils strafbares Unzuchtsvergehen kann ohne einen auf naturgemäße oder widernatürliche Befriedigung des Geschlechtstriebes berechneten Anfang zu einem fleischlichen Ende, wozu zwei Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechts beiderseits activ, oder die eine mindestens passiv mitzuwirken haben, vollbracht werden. Dieser Anfang setzt als Minimum voraus, daß die Geschlechtstheile des Einen mit dem Körper des Andern in eine Berührung gebracht werden, deren Fortsetzung die gesuchte Stillung dieses Triebes unmittelbar hervorzubringen im Stande ist. Dahin führt die Ansicht des früher bestandenen Rechts, welches, obgleich darüber streitig, ob die wirkliche Stillung nicht hinzukommen müsse, doch durch diesen Standpunkt das bei den alten Casuistikern oft sehr subtil gezeichnete Sittenpolizeiwidrige bloßer Geilheiten, namentlich die amplexus et oscula libidinosa, tactus ad mamillas etc., sollte auch bei dem einen sich nur an dem eignen Fleisch versündigenden Theile eine Saamenergießung bewirkt werden, welche der andere nicht gewahr wird, oder nicht gewahr werden soll und muß, weil er den eignen Leib nicht dazu herzugeben braucht, stets ausgeschieden hat. Dahin führt die damit in Verbindung *zu setzende*, aus dem hervorgehobenen sittlichen Stand-

punkt jene Controverse abschneidende Analogie des Art. 307, welche, obgleich der Artikel ursprünglich nur von der Vereinigung verschiedener Geschlechtstheile und folglich vom naturgemäßen Beischlaf gemeint, nach dem Königlichen Rescript vom 21. October 1838 zur Strafminderung oder zur Entfernung der Criminalität zu Rathe gezogen werden darf. Der Versuch setzt daher den Beweis eines ersten Ausgehens auf dieses Ziel voraus, das weiter als zu bloßen Vorbereitungen gediehen ist.

II. Sind diese Vordersätze richtig, so bedürfen der Referent und sein Gewährsmann von Hufnagel einer näheren Erklärung, wenn sie unzüchtige Betastungen, je nachdem sie gelitten werden oder nicht, schon an sich zur Consummation oder zum Versuche rechnen. Wäre dieses zuzugeben, so müßte man consequent, wenn auch wollüstige und inbrünstige Küsse und Umarmungen, von denen man ebenfalls nicht wissen kann, bis wohin sie weiter führen, in die gleiche Kategorie aufnehmen, ungeachtet sie die ältere Jurisprudenz in einer Linie mit den Betastungen als möglicher Weise bloße Geilheiten ausgeschieden hat, und nur als zweideutige Beweise eines Versuches gelten ließ. Daß die Factoren unserer Gesetzgebung über diese Gränze hinausgehen wollten, darüber liegt in den nur sehr grobe Fälle hervorhebenden Verhandlungen nicht die entfernteste Andeutung. Die Frage wird wichtig durch die einfache Instanz: Sollen wir einen jungen oder alten Geistlichen, der sich soweit vergaß, einer sich zur Beichte anmeldenden schönen Sünderin an den Busen zu greifen und vielleicht im nächsten Augenblicke die Uebereilung bereut, dem Gesetz für verfallen erklären, ungeachtet Ort und Zeit der Vermuthung eines weitergehenden Vorsatzes widersprechen? —

Dies wäre gewiß zu verneinen, obgleich zuzugeben ist, daß ein solcher Geistlicher sich einer unverschämten Injurie schuldig macht, und auch ohne erhobene Klage eine ernste Verfügung der Kirchendisciplin über sich ergehen lassen muß. Sollten bloße Betastungen als Versuche aufgefaßt werden, so müssen sie, wie im vorliegenden Falle, durch ihre Anhäufung die Configuration eines auf ein ernstes Ziel losgehenden Unternehmens haben.

Gar als Vollendung könnte, abgesehen von dem Momente, daß zu dieser bei dem Verbrechen der Verführung jedenfalls noch Einwillung der Verführten zu der Unzuchtshandlung hinzukommen müßte, in dem letztern nur der Akt erscheinen, daß der Angeschuldigte, wie er zugiebt, sein Schamglied in die Hand des Mädchens drückte, aber nur unter der Voraussetzung, daß er den Geschlechtstrieb durch diese Friction stillen wollte, während es viel näher liegt, daß er neben der Steigerung des eigenen zugleich im Fleische des Mädchens den Geschlechtstrieb blos wecken wollte. Das Gleiche gilt von der Entblößung und Betastung ihrer Schamtheile, welche man nach der Wahrscheinlichkeit eben so wenig als den Anfang zu einer unmittelbaren Befriedigung des eigenen oder fremden Geschlechtstriebes zu betrachten berechtigt ist. Juristisch konnte also das ganze Unternehmen nur als Versuch beurtheilt werden, und damit scheinen alle jene Schwierigkeiten zurückzukehren, welche von Anfang gegen die Strafbarkeit desselben sich erhoben.

III. Allein man würde sich in einen nicht geringen Abweg verirren, der in seinen Folgen zu unvermeidlichen Widersprüchen mit dem gesunden Verstande aller Nichtjuristen führen müßte, wenn man bei diesem Verbrechen den Versuch nach den gewöhnlichen Regeln eines einseitig zu bewirkenden äußeren Erfolges, namentlich nach

der Analogie der Tödtung, Körperverletzung, Eigenthumsbeschädigung, beurtheilen und zum Hohne des von unserm Gesetzgeber fixirten Standpunktes einer sittlichen Corruption in diesen äußerlichen Erfolg das wahre Unrecht setzen wollte. Seine Composition ist so eigenthümlich, daß ihm außer der Bestechung kaum ein anderes Verbrechen verglichen werden kann. Es darf nicht übersehen werden, daß, obgleich zwei Personen dazu gehören, dasselbe doch jeder selbstständig zu imputiren ist, als ob sie sich an einem gemeinschaftlichen Fleische (divisio carnis in alteram personam, sagt der Jesuit Sanchez,) allein vergangen hätte, und daß es gleichwohl im Gegensatze der Nothzucht durch einen beiderseits durch Geschlechtslust bestimmten Willen begangen wird, dessen Zusammentreffen ohne wahres Complott nach der ihm zu Grund liegenden Ansicht einer durch Einwirkung auf das Animalische hervorgebrachten sittlichen Corruption den Culminationspunkt der Schuld eines jeden bildet.

Sobald das Unternehmen bis zu solchen physischen Handlungen gediehen ist, welche im Stande waren, in dem andern Theile Geschlechtslust animalisch zu wecken, (was mehr, als eine bloße Anstiftung ist,) und wozu im vorliegenden Falle schon das Erste, das einbekannte Zungenspiel als eine vorbildliche Empfindung des Beischlafes genügte, und ihn dadurch zu einer Hingebung zu stimmen, welche eben so unwillkürlich die eigene Hitze eines noch unbestimmten Vorsatzes steigern konnte, ist auch dasselbe, weil der eine Theil das Seinige gethan, bis zum delictum perfectum gekommen, das durch ein späteres Abstehen so wenig straflos wird, als die active Bestechung, wozu ebenfalls ein anderer wesentlich gehört, davon abhängt, ob der Beamte sich dafür zugänglich gezeigt hat oder nicht.

Dieser weitere Erfolg ist nur ein die Strafe erhöhender Schaden, der zwar das Verbrechen steigert, aber schon über den beendigten Versuch hinausgeht.

IV. Insbesondere aber handelt es sich bei der Anwendung des Artikels 298. am wenigsten von dem Fleischesvergehen an sich, in wieweit es in gleichen Verhältnissen jedem Theile zu imputiren ist, sondern die Verführung zur Unzucht durch ungleiche Verhältnisse ist die Hauptsache. Diese kann, wenn gleich zum Vollbringen die Einwilligung zur activen und passiven Mitwirkung noch hinzukommen muß, auch ohne ernste Absicht blos figürlich wenigstens versucht werden durch alle jene Handlungen, nach denen die Angegriffene nicht anders glauben kann, als daß sie ein Attentat auf ihre Keuschheit und einen unerlaubten Beischlaf bezwecken. Sollte auch ein alter Wüstling durch Handlungen von dieser Configuration es wirklich nur auf Erectionen und Pollutionen angelegt haben, so ergreift doch die Pantomime die Einbildungskraft, wie ein ernstlicher Versuch, und verursacht nicht nur denselben Schrecken, sondern kann, obgleich glücklich abgewehrt, in der Nachwirkung dasselbe sittliche Verderben anrichten.

Ein ähnlicher Fall kommt bei der Widersetzung vor. Derjenige, welcher gegen einen zu seiner Arretirung beorderten obrigkeitlichen Diener die Kolbe erhebt, hat vielleicht nicht die Absicht, damit zuschlagen zu wollen; allein den, der dieses nicht wissen kann, schreckt er eben so gut, als wenn es ihm Ernst wäre. Bei Verbrechen, wobei es auf das sittliche und psychologische Element ankommt, fällt der Schein mit dem Ernste zusammen, und den Angeschuldigten rücksichtlich des letzteren von der Instanz absolviren, heißt ihn der That nach für schuldig erklären.

Es wird daher bei dem aus den Umständen hervorgehenden Vorbedacht und der Beharrlichkeit, womit er seine unzüchtigen Handlungen, soweit es Zeit und Ort erlaubten, fortgesetzt, dem Angeschuldigten nicht zuviel geschehen seyn, wenn ihn der Gerichtshof nach dem Artikel zum Verluste der Ehren- und Dienstrechte und zu einer sechsmonatlichen Kreisgefängnißstrafe verurtheilte.

XVIII.

Beiträge zur Lehre von Injurien.

Von

Herrn H. K. Hofmann II.

Advokaten in Darmstadt.

(Beschluß des Aufsatzes Nr. XIII. im vorigen Stücke.)

III.

Ist üble Nachrede strafbar? [5])

Im Corpus juris habe ich mit dem besten Willen nicht finden können, daß — was wir unter übler Nachrede, unter Verläumdung zu verstehen pflegen, den Römern als Injurie gegolten habe. Weder die beiden Stellen, worin allgemeine Grundsätze aufgestellt werden, fr. 1. §. 1. 2. D. h. t. und pr. §. 1. pr. I. h. t. sagen davon etwas, noch die Stellen, worin einzelne Fälle entschieden worden und die man gewöhnlich dafür anführt [6]).

Ich habe diese ketzerische Behauptung zu rechtfertigen, und muß zu diesem Behufe vor Allem daran erin-

5) De lege ferenda, s. Mittermaier im neuen Archiv des Crim. Rechts XIV. 3. 66 fgg.

6) Fr. 5. §. 9. Fr. 11. §. 9. Fr. 12. 15. §. 13. 25. 27. 29. D. h. t.

nern, daß nach römischem Recht alles erlaubt ist, was kein Gesetz verbietet, arg. §. 1. I. de J. P. 1. 4. fr. 4. pr. D. de st. hom. 1. 5. Namentlich war auch erlaubt, unsittliche Handlungen zu begehen, die Unwahrheit zu sagen u. s. w., non omne quod licet honestum est! Dahin gehören üble Nachreden und Verläumdungen. Ausdrücklich verboten ist nur das convicium, der laute Vorwurf nach fr. 15. und alles, was eine öffentliche Beschimpfung enthält, ib. §. 2., also natürlich auch öffentlich verbreitete Schmähschriften. Der Grund dafür liegt wie bei der Real-Injurie in der contumelia, in der Versagung derjenigen äußeren Achtung, welche ein Bürger dem andern schuldig ist, nicht aber in Verletzung eines Rechtes auf guten Namen, von dem die Römer gar nichts zu wissen scheinen.

Die Bestimmung des fr. 5. §. 9. D. h. t. beruht eines Theils auf positivem Gesetze und darf nicht ausgedehnt werden, theils ist — wie schon bemerkt wurde — die Schmähung in Büchern und Liedern die alleröffentlichste, also immer ein convicium.

Das fr. 11. §. 9. und fr. 12. spricht von einer Behauptung vor Gericht, also von einer öffentlichen, und bezieht sich nicht auf den guten Namen, sondern auf den bürgerlichen Rechtszustand. Wer einen Freien für einen Sclaven erklärt, verläumdet ihn nicht, sondern er tastet seine Persönlichkeit an, eben so, als wenn er ihn wie einen Sclaven behandelt.

Das fr. 15. §. 13. spricht für meinen Zweifel; gegen ihn nur dann, wenn man annimmt, daß in der öffentlichen Strafe, welche hier den Verläumder trifft, schon die Privat-Genugthuung für den Verläumdeten liege; daß aber dieser ein Recht auf Genugthuung habe, das müßte sonach immer auf andere Art dargethan werden. Aus dieser Stelle läßt es sich nicht beweisen.

Der §. 25. enthält hierher gehörig blos die Worte des Edicts: ne quid infamandi causa fiat. Fama und infamia sind aber nur die öffentliche allgemeine, gute oder böse Meinung, nicht die Meinung einzelner Personen. Die dem nachfolgenden §. 27. angeführten Beispiele lassen hierüber keinen Zweifel und beweisen zugleich, daß die Römer sich keine Injurie dachten, ohne äußerlich verächtliche Behandlung.

Der Fall des §. 29. erscheint als convicium, als öffentlicher Vorwurf, und beweist deswegen nichts für die Strafbarkeit des nicht-öffentlichen.

In der c. 3. cit. ist nur im Allgemeinen bemerkt, daß der Beklagte gesagt habe, der Kläger sey ein Delator; es erhellt aber nicht, ob er dies öffentlich gesagt habe, oder nicht? es kann jenes so gut vorausgesetzt werden, wie dieses die Stelle beweist, also weder für, noch wider.

Von c. 10. cit. gilt, was ich oben von fr. 11. §. 9. fr. 12. gesagt habe.

Der Gesichtspunkt, von welchem die römische Rechtswissenschaft ausgegangen, ist offenbar — wenigstens ist dies der Eindruck, welchen eine sorgfältige Vergleichung der einschlägigen Stellen mir gemacht hat — kein anderer, als: Eines Jeden Meinung von Andern ist frei und eben so frei die Aeußerung derselben, nur darf diese Aeußerung selbst nicht ein Eingriff in diejenige Achtung seyn, welche Jeder dem Andern schuldig ist, und diese wird verletzt:

1) durch thätliche Angriffe auf Person und Eigenthum,
2) durch öffentliche Beschimpfung, gleichviel, in welcher Form sie geschehe.

Was insgeheim geschieht, darum bekümmert sich der Richter nicht. Dem steht auch fr. 7. §. 8. h. t. nicht entgegen, weil solches nicht vom convicium spricht, sondern

dern von der thätlichen Beleidigung, wie das beigefügte Beispiel ganz außer Zweifel setzt.

Ich weiß recht wohl, gegen welche gewichtvolle Autoritäten ich durch diese Zweifel den Schild erhebe. Allein ich hab's gewagt und wage noch ferner, diese Autoritäten selbst anzugreifen, zumal ich in Mittermaier a. a. O. (vielleicht auch in Roßhirt, der a. a. O. II. nur an öffentliche Erzählungen zu denken scheint) einen Gewährsmann für mich gefunden zu haben glaube, wenn ich nämlich richtig aufgefaßt habe, was in dessen Note zum §. 284. über den Begriff der strafbaren Verläumdung gesagt ist. In der neuesten Auflage tritt er vollkommen dieser Ansicht bei, beruft sich aber dafür mit Unrecht auf seine oben citirte Abhandlung, welche Rathschläge für eine künftige Gesetzgebung enthält, nicht aber Entwickelungen aus dem wirklich geltenden Rechte.

Ich schreite zur Beleuchtung der wesentlicheren abweichenden Ansichten.

Was zunächst Weber betrifft, so hat schon Grolman im Mag. S. 8 fgg. die Unzulänglichkeit seiner Darstellung nachgewiesen. Grolman selbst aber stützt die seinige nirgends auf das Gesetz, sondern auf Rechtsphilosophie, und verfällt dadurch von vorn herein in einen unverkennbaren Fehler, indem er Strafgesetze nach Analogie ausdehnen will. Ich kann aber — auch abgesehen davon — mich nicht von der Richtigkeit der Schlußfolgerung überzeugen, worauf seine Darstellung beruht.

Ob man ein Recht habe auf die Möglichkeit, einen guten Namen zu haben? darüber will ich nicht streiten, es würde ein solcher Streit auf sehr unpraktische Spitzfindigkeiten hinauslaufen. Aber selbst wenn ich den Satz zugebe, und wenn ich ferner zugebe, daß man auch ein Recht auf Schutz jenes Rechtes habe, so ist doch auf der

andern Seite klar, daß dieſe beiden Rechte begränzt ſind (oder ſeyn können!) durch das Recht jedes Andern, zu glauben was er will. Es liegt in der Einräumung jenes Rechtes noch kein Aberkennen dieſes Andern, und es iſt alſo der Satz, welcher die Grundlage der Grolman'ſchen Darſtellung bildet, zu unbeſtimmt, und jede Folgerung daraus läuft auf eine petitio principii hinaus.

Noch unrichtiger iſt: daß durch falſche Nachrede der Verſuch gemacht werde, dem Verläumdeten die Möglichkeit zu rauben, daß er einen guten Namen habe. Denn 1) iſt Verläumdung ein Angriff auf den guten Namen ſelbſt, nicht auf die Möglichkeit deſſelben, eben ſo wie der Diebſtahl nicht die Möglichkeit Vermögen zu haben aufhebt, oder aufzuheben verſucht, ſondern nur es ſchmälert. Sodann beſteht auch 2) der gute Name in der günſtigen Meinung der großen Mehrheit; der Verſuch, Einzelnen eine ſchlimme Meinung beizubringen, iſt nicht immer Verſuch, auf die öffentliche Meinung einzuwirken. Es iſt alſo immer wieder das convicium und nur dies, was verboten und ſtrafbar ſeyn kann.

Wäre aber auch Grolman's Satz an und für ſich richtig, ſo iſt durch klare Geſetze außer allen Zweifel geſtellt, daß bei Injurien nicht der Verſuch ſtrafbar iſt, ſondern die wirklich vollzogene Rechtsverletzung. Daß aber die Möglichkeit, einen guten Namen zu haben, durch eine bloße Verläumdung nicht aufgehoben werde, das liegt auf flacher Hand und wird durch die tägliche Erfahrung beſtätigt.

Daß Grolman's Darſtellung nicht richtig ſeyn könne, dafür ſpricht mir auch der Umſtand, daß er ſelbſt ſeine Sätze nicht ſo allgemein anwendet, wie dies, wären ſie richtig, nothwendig müßte geſchehen können; eine ſolche *conſequente* Anwendung würde aber zu Ergebniſſen füh-

nur wenn die Nachrede nicht eigentlich eine ſolche, ſondern ein Vorhalt iſt, ſoll ſie nach Art. 199. nur als Beleidigung gelten, was eigentlich ſchon im Worte liegt.

Auch das Braunſchweigiſche Geſetzbuch verpönt (Art. 200.) ausdrücklich auch heimliche Verläumdung, während das Hannöverſche des Unterſchiedes gar nicht gedenkt, und dadurch, daß es im Art. 263. verordnet: es ſolle der freiwillige Widerruf nur bei heimlicher Verläumdung ſtraflos machen können, zu erkennen gibt, daß der Art. 261. dieſe nicht ausſchließen ſollte.

Abweichend von allen dieſen verpönt das Oeſterreichiſche Strafgeſetzbuch (§. 188.) nur Verläumdung vor der Obrigkeit, oder eine ſolche, welche obrigkeitliche Nachforſchung veranlaſſen könnte. Es ſcheint auch hier, wie bei der Beleidigung, mehr den materiellen Nachtheil ins Auge zu faſſen und ſtimmt mit dem römiſchen Recht im Erfolge wenigſtens in ſofern überein, daß es eigentlichen Klatſchprozeſſen die Gerichtsthüre verſchließt.

Der *Code pénal* endlich (Art. 367.) bedroht, ganz wie das römiſche Recht, nur öffentliche Verläumdung mit Strafe.

Wahrſcheinlich in Berückſichtigung deſſen (wegen der Rheinprovinz) bezeichnet auch der Entwurf für das Großherzogthum Heſſen (Art. 284.) zunächſt nur öffentliche Verläumdung als ſtrafbar, ſtellt dieſer aber, mehr von dem öſterreichiſchen Geſichtspunkte ausgehend, einige andere Fälle auch heimlicher Verläumdung gleich, und ferner — wie bemerkt wurde — alle, wo durch die üble Nachrede eine Ehrenkränkung beabſichtigt wird.

Was nun die Wahrheit der über Andere vertraulich gemachten Aeußerungen betrifft, ſo frage ich mit Pilatus: „was iſt Wahrheit?“ Daß objective, daß mathematiſche Wahrheit nicht gemeint ſeyn könne, wenn geſagt wird, nur wahre Beſchuldigungen ſeyen erlaubt — das

verſteht ſich wohl von ſelbſt; auch juriſtiſche wird nicht verlangt. Aber was für andre denn? Ich glaube nach römiſchem Recht kommt darauf gar nichts an; denn nichts iſt der Wahrheit entgegengeſetzter als der Irrthum, und Irrthum entfernt geradezu den Begriff der Injurie, wie dies neben vielen anderen Stellen in fr. 15. §. 15. 48. fr. 18. §. 3. 45. D. h. t. ausdrücklich geſagt iſt. Wenn alſo eine Behauptung nicht wahr, ſondern nur für wahr gehalten zu ſeyn braucht, um den Vorwurf der Injurie zu entfernen, wenn ich ſomit alles ſagen darf, was ich von Andern glaube, ſo bleibt für die ſtrafbare Verläumdung gar kein äußerliches Kennzeichen übrig, und das ganze Recht auf Schutz des guten Namens hängt davon ab, wie leicht oder wie ſchwer Andre glauben, wie richtig oder unrichtig ſie auffaſſen oder ſchließen. Wer von dem Andern ſagt, er habe geſtohlen, und zu ſeiner Rechtfertigung anführt, er habe ihn auf der That ertappt, der ſoll frei ſeyn. Wer hingegen nur ſagen kann, er habe ihn bei Nacht einen Pack aus einem fremden Hauſe tragen ſehen, wird gleichfalls freigeſprochen werden müſſen, obgleich ſehr leicht möglich iſt, daß er ſich geirrt habe. Aber warum that der Verläumdete, was ihn verdächtig machte! Der Fall iſt ganz derſelbe, wie der des oben angeführten fr. 15. §. 15, nur daß dort eine unmittelbare Einwirkung auf die Perſon des Beleidigten Statt gefunden hat, welche als Injurie gelten muß. Ganz richtig und dem Geiſte des römiſchen Rechts entſprechend ſcheint mir daher im Strafgeſetzbuch für den Canton Zürich §. 186. in den Begriff der Verläumdung das Bewußtſeyn der Unwahrheit aufgenommen zu ſeyn. Damit einverſtanden ſcheint Kettenacker a. a. O. §. 4. a. E.

Dieſe Anſicht ſcheint auch den meiſten übrigen neueren Geſetzgebungen zu Grunde zu liegen. Das Oeſterreichiſche ſpricht geradezu nur von erdichteten Verbrechen.

Daß die Bestimmung des Art. 286. des Würtembergischen Strafgesetzbuches nur von wissentlich falscher Beschuldigung zu verstehen sey, sagt der schon angeführte Commissionsbericht. Auch das Königlich Sächsische ist, besonders nach Analogie des Art. 195, gewiß nur so auszulegen. Das Hannoversche (Art. 261.) bedroht nur „erdichtete" üble Nachrede; das Braunschweigische (Art. 199.) und der Entwurf für das Großherzogthum Hessen (Art. 284.) „wissentlich-falsche." Wissentlich falsch und erdichtet ist nicht, was ich aus subjectiv zulänglichen Gründen für wahr gehalten habe. Im Entwurfe für das Großherzogthum Baden wird (§. 262.) bei Andichtung schimpflicher Handlungen der Beweis der vollen Wahrheit verlangt, bei dem Nachsagen schimpflicher Eigenschaften hingegen nur (§. 275.) der Beweis von Thatsachen, woraus das Daseyn der dem Beleidigten beigelegten Eigenschaften hervorgeht, um von dem Vorwurfe wissentlich falscher Bezüchtigung zu befreien.

Verfolgt man diese Betrachtungen weiter, denkt man sich Wahrnehmungen, die nur auf Schlußfolgerungen beruhen, oder Kunstkenntniß voraussetzen: wo soll da die Gränze zwischen Glauben und Nicht-Glauben seyn? und wer soll entscheiden können über die Richtigkeit des Urtheils, welches immer ein Urtheil bleibt, auch wenn es sich in die Form einer thatsächlichen Behauptung einkleidet? Wer soll z. B. über Wahrheit oder Unwahrheit, also über Recht oder Unrecht entscheiden, wenn Einer dem Andern nachsagt: er sey ein grober, er sey ein leichtfertiger Mensch? Das Urtheil eines Fuhrmannes und eines Cerimonienmeisters über Grobheit und Feinheit wird so wenig zusammenstimmen, als das eines Lebemannes und eines Trappisten über Leichtsinn und Gesetztheit. Jeder kann objective Unwahrheit mit voller Ueberzeugung gesprochen

haben, ohne daß er dieſe letztere, oder der beleidigte Theil das Gegentheil, beweiſen könnte.

Die zahlloſen Zweifel, welche die eigenthümliche Beſchaffenheit vorkommender Fälle ergibt, kann nur richterliches Ermeſſen löſen, welches aber, wo das Geſetz ſo durchaus keinen Maaßſtab gegeben hat, mit Willkühr ſo gut als gleichbedeutend iſt. Ich kann deswegen auch außer dem römiſchen Recht in der jetzt allgemein herrſchenden Rechtſprechung keinen hinreichenden Grund für Beſtrafung der Verläumdung entdecken, wenn ſie nicht per convicium geſchieht, alſo durch ihre Form unter ein Strafgeſetz fällt, und muß geſtehen, daß ich gerade in dieſem gänzlichen Hinwegſehen über heimliche Verläumdung und Klatſcherei den großartigen männlichen Sinn der Römer wieder zu erkennen glaube. Klatſcherei hat ein Mann, der ſich ſeiner Rechtſchaffenheit bewußt iſt, und deſſen Leben und Wirken das Licht nicht ſcheuet, nie zu fürchten, dagegen ſchützt ihn die beſſere Meinung anderer Männer von Ehre, die nicht auf feige Verläumdung hören, ſondern auf die That ſehen und deren Achtung allein wünſchenswerth und ein köſtliches Gut, der heimlichen Läſterung aber unerreichbar iſt. In dieſer allein werthvollen guten Meinung der Beſſeren kann jeder nur ſich ſelbſt ſchützen, Geſetz und Richter vermögen blos Stillſchweigen zu gebieten, nie Achtung und Vertrauen.

Es könnte ſcheinen, als wenn daſſelbe auch von öffentlichen Schmähungen gelten müſſe. Ich glaube nicht. Wer offen den Andern angreift, der fordert ihn zu offener Gegenwehr heraus; wer vor ſolchem Vorwurfe verſtummt, geſteht ihn ein. Aber die Vertheidigung hält ſich hier ſelten in den Gränzen des Rechts, und noch weniger thut dies die Erwiderung darauf von Seiten des Angreifers u. ſ. f. War die erſte Antwort ein einfaches „du lügſt", ſo *potenzirt ſich* der Streit in der Tri- und Quadruplik

leicht bis zu Mord und Todtschlag, und doch bleibt dem Angegriffenen nichts übrig, als zu antworten, ohne daß er voraussehen könnte, wer das letzte Wort behalten wird und wie? Deswegen müßte, um Selbsthülfe zu verhüten, das Gesetz dem Angegriffenen einen andern Weg eröffnen, die Genugthuung zu erlangen, die er (durch Retorsion) sich immer noch nehmen darf, aber nun nicht mehr zu nehmen braucht.

Ich bin davon hauptsächlich aus den, von Gesterding, Nachforschungen I. S. 323 fgg. angeführten Gründen fest überzeugt, so sehr auch er selbst diesen Gründen zu mißtrauen scheint. Gewiß kann aber Retorsion nur gegen das convicium, nicht gegen die bloße eigentliche Verläumdung (hinter dem Rücken) gebilligt werden.

Wenn übrigens gar neben meinem Zweifel an der herrschenden Theorie der Verläumdung auch der andere gegründet wäre, den ich oben gegen den Satz, daß es keine relativ beleidigende Handlungen gebe, zu rechtfertigen suchte, wenn somit auch eine an sich erlaubte Handlung strafbar wäre, sofern sie nur ausschließlich in der Absicht, des Andern Ehre zu kränken, geschehen ist, — so würde auch gegen eine wirklich boshafte Verläumdung ein Schutzmittel in den Gesetzen liegen, ohne daß die des Mannes würdige Freimüthigkeit dadurch gefährdet erschiene. Denn Jeder kann dann alles sagen, was zu sagen er einen würdigen Zweck hätte, und laut vor allem Volke sogar, auch schriftlich, wenn er für sein Wort haften und nöthigenfalls dessen Wahrheit beweisen will.

Wären diese drei Zweifel gegründet, so würden sich die in den Bestimmungen des römischen Rechts angewandten Grundsätze am richtigsten so ausdrücken lassen:

Die Injurienklage begründen

1) Real-Injurien — deren Begriff nicht Gegenstand dieser Betrachtungen war;

2) jede öffentliche Aeußerung der Mißachtung, wozu man nicht durch ein Amts- oder persönliches Verhältniß gegen den Beleidigten berechtigt ist.

Dahin gehört jedes, die Regeln des Anstandes (bonos mores) verletzende Betragen in Gesellschaft Anderer.

Ob man die s. g. symbolischen Injurien unter diese Rubrik bringen oder wegen der darin liegenden Verletzung der Persönlichkeitsrechte (s. v. v.) zu den Real-Injurien zählen will, ist im Erfolge gleich.

3) Alles was außerdem, also nicht gegen Gesetz oder gute Sitte geschieht, aber keinen andern Zweck hat, als: den Andern zu quälen oder herabzuwürdigen, und diesem Zwecke wirklich entspricht.

Was nun die Absicht zu beleidigen betrifft, so gebe ich gern zu, daß dafür ganz die allgemeinen Regeln über Beweislast gelten, wie dies schon Wächter und Andere dargethan haben. Aber die folgerechte Anwendung dieses Grundsatzes führt sofort zu einer für die Praxis höchst wichtigen Unterscheidung. Denn in allen unter 1 und 2. gehörigen Fällen, wo die Beleidigung unmittelbar in der Handlung selbst liegt, und es ganz gleichgültig ist, ob diese Handlung der letzte Zweck des Handelnden war, oder nur als Mittel dienen sollte zur Erreichung einer andern, gleichviel ob erlaubten oder unerlaubten Absicht, wo also der Vorsatz zu beleidigen schon in dem Vorsatze jene Handlung auszuüben enthalten ist, da wird sie vorausgesetzt, weil von jeder Handlung vermuthet wird, daß sie freiwillig und mit Kenntniß ihrer Natur und unmittelbaren Wirkungen geschehe. — In Fällen dieser Art wird mithin für die Absicht zu beleidigen vermuthet, wie für die Absicht zu stehlen vermuthet wird, wenn jemand eine fremde Sache heimlich zu sich nimmt. Hier fällt der dolus immer *mit dem animus injuriandi* zusammen.

Ganz anders verhält es sich mit den unter 3. bezeichneten Fällen, wo die Handlung an und für sich keine Verletzung gesetzlich anerkannter Ehrenrechte enthält, also in der Absicht sie auszuüben der Vorsatz zu beleidigen nicht enthalten ist, und mithin die für die Absichtlichkeit der Handlung sprechende Vermuthung die gegen den animus injuriandi im Allgemeinen begründete nicht aufzuheben vermag.

In Fällen der ersten Art muß also der Beklagte die Absichtslosigkeit der beleidigenden Handlung beweisen, in Fällen der letztern Art der Kläger: daß der Beklagte keine andre (s. oben II.) als die Absicht zu kränken gehabt habe.

Ich sage: in jenen Fällen müsse die Absichtslosigkeit der Handlung bewiesen werden, weil ich oben (I.) nachgewiesen zu haben glaube, daß auch ein an und für sich erlaubter Zweck das unerlaubte Mittel nicht rechtfertigen kann.

Gegen diese Ansicht gilt auch, was Mittermaier a. a. O. Nr. 2. zum §. 278. sagt: „Bei dem animus injuriandi verwechselt man zu oft diesen mit dem dolus; der letzte gehört freilich zu jeder Injurie." Ich muß aber gestehen, daß ich bei der Injurie den dolus für ganz gleichbedeutend mit dem an. inj. hielt — und noch halte. Denn entweder begehe ich wissentlich und freiwillig eine an sich unerlaubte Handlung, welche eines Andern Ehrenrechte verletzt — dann habe ich ja unmittelbar die Absicht, sie zu verletzen; oder ich begehe zwar eine solche Handlung, aber ich habe dabei diese Absicht gar nicht, dann kann dies nur so zusammenhängen, daß ich über die Beschaffenheit der Handlung geirrt habe, der Irrthum hebt aber überhaupt den Begriff der Beleidigung auf, eben so wie der Zwang oder die Bewußtlosigkeit. Es verhält sich damit ganz wie z. B. mit dem Diebstahl, zu dessen Begriff

gleichfalls die Absicht, sich auf Kosten eines Andern zu bereichern, erfordert wird. Gleichwohl ist auch derjenige ein Dieb, welcher fremdes Leder stiehlt, um Armen Schuhe davon zu machen, und der ist es nicht, welcher eine fremde Sache zu sich nimmt, die er für aufgegeben hält, obgleich er die Absicht hat, sich zu bereichern und deswegen wirklich fremdes Gut sich zueignet.

IV.

In wiefern ist der ausgesprochene Zweifel an der Fähigkeit eines öffentlichen Beamten oder obrigkeitlich anerkannten Sachkundigen eine Injurie?

Daß man im Allgemeinen befugt sey, Eigenschaften und Handlungen Anderer frei zu beurtheilen, das glaube ich so eben begründet zu haben. Es ist darüber auch meines Wissens kein Streit unter den Rechtsgelehrten, mit Ausnahme der theilweisen Beschränkung Tittmann's, hinsichtlich „unrichtiger und liebloser Urtheile."

Es ist aber in einem Rechtsstreite von sehr bewährten Juristen behauptet worden, daß niemand ein Recht habe, Zweifel darüber zu äußern: ob ein vom Staate angestellter oder von ihm geprüfter und verpflichteter Mann fähig und würdig sey, sein Amt zu bekleiden, oder für sachkundig zu gelten? Das Absprechen dieser Fähigkeit stehe nur dem Staate zu, der Privatmann überschreite die Grenzen des freien Urtheils, wenn er die Anerkennung jener Fähigkeiten verweigere, ja er könne sich nicht einmal mit der Einrede der Wahrheit schützen, da, so lange jemand ein Amt bekleidet und nicht vor Gericht gestellt sey, dem Richter kein Urtheil über die Befähigung zu diesem Amte zukomme.

So überzeugend Weber, Grävell (im neuen *Archiv des Crim.* Recht 3r Bd.) u. s. w. das Gegentheil

nachgewiesen haben, so dürfte doch bei dem Gewicht, welches politische Einflüsse jener Ansicht verleihen könnten, es nicht überflüssig seyn, sie einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen.

Wer im Staate besondere Ehrenrechte genießt, der hat allerdings auch Anspruch auf Schutz derselben; denn gerade die Anerkennung zustehender Rechte bildet den Begriff Ehre im juristischen Sinne, wie

Heffter, Lehrb. des Cr. R. §. 296.

sehr richtig definirt. Es hat aber der mit mehr Rechten Begabte dafür keineswegs immer einen höhern Schutz, als jeder Andere für seine gemeinen Rechte. Es ist blos ein weiterer Kreis um ihn gezogen, außerhalb desselben aber ist die Freiheit aller Uebrigen nicht weiter beschränkt, als sie es jedem im Volke gegenüber ist. Wer z. B. einem Wahlmann das Recht abspricht, bei der Wahl zu erscheinen, macht sich keiner größern Injurie schuldig, als wer irgend einem Andern das Recht bestreitet, sich um öffentliche Aemter zu bewerben, oder Zeugniß abzulegen u. s. w. Eben so begeht man gleiches Unrecht, wenn man irgend einem Tagelöhner sagt: du bist ein Dieb, und wenn man einem Richter vorwirft, er sey parteiisch. Denn dafür, daß der Richter die heilige Pflicht hat, unparteiisch zu seyn, muß er auch das Recht haben, daß man bei ihm die Erfüllung dieser heiligen Pflicht unterstelle. Daß man aber, wenn er sie nicht erfüllt, sich gegen seine Persönlichkeit nicht wehren, daß man nicht öffentlich davon sprechen dürfe, wenn man davon überzeugt ist, das hat noch niemand behauptet, und das Gegentheil ist ganz unbestrittenen Rechtens.

Glück, Erläut. d. Pand. VI. §. 233.

Genau unter dieser Voraussetzung aber darf man jedem im Volke eine Uebertretung seiner Pflichten sogar öffentlich vorwerfen.

Ganz eben so muß es sich nun auch mit dem Urtheil über die Fähigkeit zu Beruf und Gewerbe und Amt ver-

halten. Daß ein Private, der zu der gebildeten Klasse gerechnet seyn will, nicht wegen Beleidigung klagen kann, wenn ich sage: er sey ein schlechter Jurist, das versteht sich von selbst, weil er gar keinen Anspruch auf Rechtsgelehrsamkeit und deren Anerkennung zu machen hat. Aber so gewiß ich auch bezweifeln darf, ob er lesen oder schreiben kann, ohne mich einer Injurienklage auszusetzen, eben so gewiß darf ich die juristischen Kenntnisse eines Richters in Frage stellen, denn sein Anspruch auf Anerkenntniß wissenschaftlicher Bildung geht — nach einer bestimmten Richtung hin — nur weiter als der jedes andern gebildeten Mannes, aber er ist an und für sich nicht höher. Mein Urtheil muß also auch hier eben so frei seyn, wie es dies dort ganz gewiß ist. Gab es doch — und gibt hier und da noch Personen, welche berechtigt sind, richterliche Befugnisse auszuüben, ohne daß ihnen größere Rechtskenntniß zugemuthet würde, wie jedem im Volke. Vergl. Grävell a. a. O. S. 222 u. 223.

Niemand wird bezweifeln, daß man einen öffentlichen Beamten loben, daß man sagen darf, er sey sehr fähig, verdiene sein Amt. Darf man dies, so muß man auch tadeln dürfen, sonst hat das Lob keinen Werth. Aber man darf auch die Fähigkeiten mehrerer Beamten miteinander vergleichen; und von wem so gesagt wird, daß alle andere besser seyen, als er, kann deßwegen, obgleich man ihn dadurch unter die gewöhnliche und mittlere Fähigkeit herabtaxirt, doch nicht wegen Ehrenverletzung klagen; dies gesteht sogar Tittmann a. a. O. §. 330. zu.

Damit stimmen denn auch die angesehensten Rechtslehrer, namentlich Grolman Mag. S. 25. 26 fgg. vollkommen überein, und ich kenne nicht einen, der das *Gegentheil lehrte.*

Eben so spricht dafür die tägliche Erfahrung und der anerkannteste allgemeinste Gerichtsgebrauch. Man darf Richter perhorresciren, man darf öffentlich anerkannte Sachkundige sich verbitten, eben so, wie man Zeugen verwerfen darf. Der Vorwurf: der Richter sey parteiisch, der Sachkundige verstehe nichts, ist wahrlich nicht härter, nicht kränkender, als der andere: was N. N. als Zeuge beschwört, verdient gleichwohl keinen Glauben; denn mehr als beschworen hat auch der Richter seine Unparteilichkeit nicht.

Man wende hiergegen nicht ein, daß man in Fällen der Art sein Recht vertheidige, und deswegen befugt sey, jene kränkenden Urtheile auszusprechen. Ich kann nie, auch wo es die Vertheidigung meines Rechtes gilt, befugt seyn, in ein fremdes Recht einzugreifen. Denn wo dieses angeht, hört unter allen Umständen meine Befugniß auf. Was ich zur Vertheidigung meines Rechtes thun darf, muß an und für sich mir erlaubt seyn, ich muß es mithin unter allen Umständen thun dürfen. Darf ich doch auch zu jenem Zweck niemand entehrende Handlungen oder Eigenschaften per convicium andichten, oder gar mir Thätlichkeiten erlauben. Wenn ich also vor Gericht sagen darf: der zum Sachkundigen vorgeschlagene Feldmesser oder Arzt besitzt die nöthigen Fähigkeiten nicht, ich verlange, daß statt seiner ein tüchtigerer beigezogen werde; so muß ich es auch unter allen andern Umständen sagen dürfen.

Daß in einem Falle der oben angeführten Art der Richter mir den Beweis einer Behauptung auflegen kann, und daß, so lange bis dieser geführt ist, die Vermuthung gegen mich spricht, das widerlegt die oben aufgestellte Ansicht nicht, sondern es bestätigt sie vielmehr; denn wenn die Vermuthung für die Fähigkeit eines öffentlichen Beamten eine eigentliche Fiction und allem Zweifel

entzogen wäre, so dürfte ein solcher Beweis gar nicht zugelassen werden. Vielmehr muß ich, was ich beweisen darf, auch vorher behaupten dürfen, und dies immer und überall, wo ich einen vernünftigen und nicht an und für sich unerlaubten Zweck dabei habe.

Hierin scheint mir gerade der Irrthum zu liegen, worauf die entgegengesetzte Ansicht beruht. Man verwechselt das Recht des Angestellten, daß für seine Fähigkeit und Würdigigkeit zum Amte eben so vermuthet werde, wie für jeden im Volke die praesumtio boni viri streitet, mit einem in Gesetz oder Wissenschaft nirgends begründeten Anspruch darauf, daß niemand diese Vermuthung für unbegründet erkläre. Das bekannte fr. 18. pr. D. h. t. sagt ganz allgemein: daß die Fehler der Schuldigen ans Licht kommen, sey nöthig und nützlich. Es macht dabei ganz und gar keinen Unterschied zwischen den Fehlern in besonderem Berufe und solchen gegen das für Alle gültige Gesetz. Es muß also auch die Folge, welche jenes Gesetz aus jenem Grundsatze zieht: wer einen Schuldigen bezüchtigt, ist nach Recht und Billigkeit straflos — gelten, gleichviel, ob die Schuld von der einen oder der andern Art ist. Ja das öffentliche Wohl, das durch die Fehler oder die Untauglichkeit öffentlich angestellter Personen zwiefach gefährdet wird, erheischt noch weit mehr das Bekanntwerden ihrer Sünden, oder Unfähigkeit, als der des gemeinen Bürgers. Daß das Ansehen des Staates unter Verdächtigung seiner Diener leide, ist nicht wahr, wenn er nur rücksichtslos streng untersucht und bestraft; und wäre es wahr, so würde doch diese politische Rücksicht keinen Einfluß auf die rein rechtliche Frage von dem Begriff einer Injurie haben.

Die entgegengesetzte Ansicht verwechselt ferner die Anerkennung der Amtsrechte mit der Anerkennung der *Fähigkeit und* Würdigkeit dazu. Wer mich hindert, auf

dem Felde einen Grenzstein zu heben, begeht keine Injurie, weil ich kein Recht habe, jene Handlung vorzunehmen; wohl aber injurirt man verpflichtete Steinsetzer, wenn man sie in freier Ausübung ihres Amtes hindert. Dazu ist man nicht befugt, mag man sie für gute oder für schlechte Steinsetzer halten. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß man auch dieses Urtheil über sie nicht äußern dürfe. Denn nur auf die Handlungen der Menschen, nicht auf ihre Urtheile, lassen sich Zwangsrechte denken.

Was das andre Argument betrifft, daß der Richter über die Befähigung eines öffentlichen Beamten oder Sachkundigen nicht anders zu entscheiden habe, als bis derselbe vor Gericht gestellt werde; so halte ich solches für durchaus grundlos und im Widerspruch mit der täglichen Erfahrung. Der Richter hat über alles zu erkennen und zu entscheiden, worüber innerhalb seiner Competenz vor ihm gestritten wird; gerade die höhere oder geringere Befähigung von Sachkundigen wird nicht selten im Beweisverfahren zur richterlichen Entscheidung gebracht.

Wie dem aber auch seyn mag: die Gesetze verlangen zur Entschuldigung des injuriarum Belangten nicht objective, auch nicht juristische Wahrheit, sondern nur subjective Ueberzeugung und als Erkennungsgrund dafür den Beweis solcher Thatsachen, welche das ungünstige Urtheil rechtfertigen. Das schon angeführte fr. 15. §. 15. D. h. t. erklärt denjenigen, welcher ein ehrbares Frauenzimmer unanständig angeredet hat, für entschuldigt, wenn die Beleidigte durch ihren Anzug ihn zu der Vermuthung berechtigt hat, daß sie von ihren Reizen lebe. Der Schluß, welchen der Beklagte aus dem Anzuge der Klägerin auf den Grad ihrer Sittsamkeit machte, war gewiß kein solcher, wodurch er objective Wahrheit finden konnte, und der *Richter*, welchem nachgewiesen wird, daß eine Weibs*person* sich leichtfertig kleide, wird hierin noch keine juri-

sche Gewißheit dafür finden, daß sie Anspruch auf gewisse Privilegien habe, er wird deswegen (wo er Polizeijustiz zu üben hat) auf diese einzige Anzeige hin kein Strafurtheil gegen sie erlassen, aber er wird denjenigen freisprechen, welcher durch ihren verdächtigen Anzug veranlaßt wurde, durch Handlungen oder Worte auszudrücken, daß er ihre Zugänglichkeit nicht bezweifle.

Eben so wird auch der Richter durch die Injurienklage eines Beamten oder öffentlich anerkannten Sachverständigen, dessen Befähigung in Zweifel gezogen wurde, nicht veranlaßt, diese Befähigung selbst zu untersuchen, sondern nur: ob der Beklagte wirklich an derselben gezweifelt, also nur seine Ueberzeugung ausgesprochen habe? Dies wird nicht angenommen werden können, wenn er dafür keine erheblichen Gründe anzuführen weiß; bringt er aber dergleichen bei, so wird der Richter — nicht den Kläger für seines Amtes unfähig und unwürdig erklären — sondern nur den Beklagten für gerechtfertigt erkennen, daß er ihn dafür gehalten und in Folge dessen dafür erklärt hat.

Wer also z. B. von einem Advokaten gesagt hätte, er verstehe nichts, würde vollkommen gerechtfertigt seyn, wenn er ihm mehrere Verstöße gegen bekannte Rechtsgrundsätze oder die Regeln der juristischen Taktik nachweisen könnte. Der Richter würde dadurch keineswegs veranlaßt, den Advokaten nochmals zu examiniren, oder gar in Untersuchung zu nehmen und zu bestrafen, sondern er würde sich darauf beschränken, ihn mit seiner Injurienklage abzuweisen, weil der Beklagte vernünftigen Grund hatte, an des Klägers Geschicklichkeit zu zweifeln, und berechtigt war, diese Zweifel zu äußern, wenn er sie für begründet hielt. Daß zufällig der Richter durch solche in einem Civilprozesse vorgekommene Anschuldigungen und ihren Beweis veranlaßt werden kann, eine Untersuchung einzuleiten oder einleiten zu machen, das beweist ja nichts

kehrt, daß die in der Civilklage geführten Beweise keine solche Untersuchung waren; nie wird auf diese, als solche, eine Absetzung oder sonstige Strafe eintreten können. Grävell a. a. O. S. 197. will nur die gänzliche Abläugnung einer guten Eigenschaft gestraft wissen (S. 197.). Sehr richtig macht jedoch die S. 243. angeführte Circular-Verordnung vom 30. Decbr. 1798 keinen Unterschied, „wenn der Beleidiger auch nur darüber Beweismittel beibringt (soll heißen „Beweis führt"!), daß er hinlängliche Veranlassung gehabt habe, den Vorwurf für wahr zu halten, so soll ihm der Einwand als ein Milderungsgrund zu statten kommen."

Daß durch die Freiheit des Urtheils über die Befähigung öffentlicher Beamten u. s. w. das Ansehen des Staates selbst leiden könnte, ist, wie oben schon bemerkt wurde, kein Grund für den Richter, weiter zu strafen, als das Gesetz ihn dazu ermächtigt, aber es ist auch eine solche Gefahr gar nicht vorhanden. Denn führt der Beklagte zur Rechtfertigung seines Tadels keine haltbaren Gründe an, so wird er entweder verurtheilt, oder wenigstens als Schwachkopf blamirt, und in beiden Fällen erhält der Kläger vollkommene Genugthuung; führt der Beklagte tüchtige Gründe an, so kann dies zwar Anlaß geben, den Kläger vor Gericht zu stellen, aber der Staat leidet auch in diesem Falle nicht den geringsten Nachtheil, wenn ein schlechter Beamter gestraft, oder ein unschuldig Verläumdeter öffentlich gerechtfertigt wird.

XIX.

Kann ein Verbrechen mit absolut untauglichen Mitteln versucht und an einem Gegenstande begangen werden, rücksichtlich dessen es unmöglich ist?

Von

Herrn Friedrich Chop,

Herzoglich Anhaltischem und Fürstlich Schwarzburgischem Oberappellationsgerichtsrathe in Zerbst.

Mit den beiden, von mir aufgeworfenen Fragen hat man sich in neuester Zeit vielfach beschäftigt. Für die Meinung, welche dort und hier oder doch in einer von beiden Beziehungen Strafe zuläßt, haben sich sehr namhafte Gelehrte [1]) erklärt, während nicht minder gewichtige Namen [2]) sich zu der entgegengesetzten Ansicht bekennen.

1) Unter Anderen: Hepp, in seinen Versuchen über einzelne Theile der Strafrechtswissenschaft S. 325 fg., Derselbe im Archive des Criminalrechts Neue Folge 1836. S. 256 fg. Schröter's Handbuch des peinlichen Rechts, Th. I. S. 119 und 120. Tittmann's Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Zweite Ausgabe, Th. I. §. 96 und 145. von Grolman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. Zweite Ausgabe §§. 252 u. 257. Wächter's Lehrbuch des Strafrechts, Th. II. S. 118 u. 119. §. 162. Henke's Handbuch des Criminalrechts, Th. II. S. 14 u. 107. Luden über den Versuch des Verbrechens S. 289 fg. und 475 fg. Pfotenhauer über den Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen S. 85 fg. und 184 fg. Bauer's Abhandlungen aus dem Strafrechte, Th. I. S. 379 fg.

2) Z. B. s. Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts. Dreizehnte Auflage. §. 42. Not. c. und §. 203. Mittermaier im

Es leuchtet ein, daß die Zahl der Autoritäten, wenn dieselbe auch auf der einen Seite größer seyn sollte, als auf der andern, den Ausschlag nicht geben kann. Dieser ist nur in dem Uebergewichte der Gründe zu suchen und zu finden [3]). Auch macht keineswegs eine entschiedene, durchgängige Praxis der Gerichte eine theoretische Erörterung überflüssig: denn schon ihr Daseyn läßt sich schwerlich beweisen [4]). Die ergangenen Urtheile [5]) haben vielmehr bald diesen, bald jenen Standpunkt eingenommen. Ohnehin sind bloße Beispiele der Anwendung keine bindende Richtschnur [6]). Den Charakter rechtlicher Nöthigung erlangt der Gerichtsgebrauch erst dann, wenn er als die Quelle oder das Zeugniß eines im Wege der Gewohnheit selbstständig begründeten Rechtssatzes betrachtet werden darf. Hier und da mag ihm diese Eigenschaft nicht fehlen. Seiner Entstehung nach kann er aber auch unter deren Voraussetzung nur für einen Bestandtheil des partikulären Rechts gelten. Für das gemeine Criminalrecht hingegen können wir daher lediglich von dessen, aus dem geschriebenen Rechte geschöpften Theorie eine richtige Antwort auf unsere Fragen erwarten.

---

neuen Archive des Criminalrechts, Bd. 10. S. 553 und 554. Zachariä vom Versuche des Verbrechens, Th. I. S. 239 fg. 250 fg. Roßhirt's Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts S. 309 fg. Abegg's Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 96. und Derselbe in Richter's kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft 1838. S. 51 fg. Hefftter's Lehrbuch des Criminalrechts. Zweite Auflage §§. 36 und 76. Not. 4. Marezoll's gemeines deutsches Criminalrecht S. 87 und 278.

3) Zachariä a. a. O. S. 239.

4) Hefftter a. a. O. §. 76. Not. 4.

5) S. Demme's Annalen der Criminalrechtspflege, Bd. 7. S. 65—70. Mittermaier a. a. O. S. 552. Pfotenhauer a. a. O. S. 105.

6) c. 13. C. de sent. 7, 45.

Das gemeine Criminalrecht ist ein positives Recht. Wir dürfen uns daher weder von der Criminalpolitik noch von einem der zahlreichen Versuche philosophischer Begründung des Strafrechts leiten lassen [7]; denn es lehrt die Folgerichtigkeit des Denkens, daß, wenn man von denselben ausgeht, die Verschiedenheit ihres Standpunkts zur Verschiedenheit ihres Ergebnisses führen muß [8]. Und doch würde die Richtigkeit des letztern für den Richter nur durch die ausschließende Nothwendigkeit, mit welcher der erstere innerhalb des positiven Rechts begründet wäre, nachgewiesen werden können.

In sofern und in soweit sich zeigen läßt, daß das positive Recht den Begriff des strafbaren Versuchs enger begrenzt oder anders bestimmt haben sollte, als die grammatische Bedeutung des Worts mit sich bringt, müssen wir uns auch hüten, aus dieser mehr und etwas Anderes abzuleiten, als jene Quelle gestattet [9]. Ueberdies bedient sich die P. G. O. gar nicht des Wortes: „Versuch." Dieselbe müssen wir aber, wo nicht allein, doch hauptsächlich ins Auge fassen; denn wenn man der schon anderwärts gnügend erfolgten Beleuchtung der verschiedenen, aus dem römischen Rechte für und wider beigebrachten Stellen seine Aufmerksamkeit widmet, so überzeugt man sich leicht, daß sich in denselben ein leitender Grundsatz, aus welchem unsere Fragen beantwortet werden könnten, weder vorfindet noch vorfinden kann. Nirgends handelt es vom Versuche im Allgemeinen, sondern erwähnt nur

7) Roßhirt a. a. O. S. 312. Abegg a. a. O. S. 155.

8) Martin's Lehrbuch des Criminalrechts. Zweite Auflage. §. 49. Not. 8.

9) Roßhirt a. a. O. S. 310. Marezoll a. a. O. S. [illegible].

einzelne Handlungen', die allerdings nach der heutigen Vorstellung vom Versuche demselben unterzuordnen seyn würden, die es aber nicht von diesem Standpunkte aus betrachtet und behandelt; es bestraft vielmehr dieselben als besondere Verbrechen [10]).

Wenden wir uns deshalb nunmehr zu Art. 178. der P. G. O., so darf die Selbstständigkeit und Eigenthümlichkeit einer Anordnung, die sie erweislich über unsere Frage enthält, keineswegs mit Pfotenhauer [11]) deshalb in Zweifel gestellt werden, weil sie hierin keinen Vorgang im römischen Rechte gefunden hätte, die von ihr (muthmaßlich) benutzten Schriften der italienischen Praktiker aber keine Veranlassung gegeben hätten, sich über unsere Streitfragen auszusprechen, und weil sich von ihr eine solche specielle Bestimmung nicht erwarten ließe. Warum sollte sich der Gesetzgeber nicht durch sich selbst, indem er hier, wie sonst noch vielfach, grade abweichend von dem römischen Rechte, den Versuch als eine strafbare Handlungsweise in allgemeiner Beziehung zu der Vollendung auffassen wollte und im Bewußtseyn dieser Absichtlichkeit aufgefaßt hat, nicht haben bestimmt fühlen können, ja sollen, auch die Grenzen dieser seiner eignen neuen Schöpfung nach allen Seiten hin festzusetzen? Wie läßt sich ihm die Fähigkeit oder Neigung absprechen, das Bedürfniß einer Bestimmung, deren Anwendung erfahrungsmäßig eben so häufig wiederkehrt als wichtig ist, richtig vorauszusehen und zu dessen Abhülfe Vorkehrungen zu treffen? — Ohnehin ist die Frage über die Möglichkeit seiner desfallsigen Voraussicht überflüssig, wenn sich, wie gesagt,

10) Pfotenhauer a. a. O. S. 160. und Bauer a. a. O. S. 387.

11) a. a. O. S. 190—193.

zeigen läßt, daß um derselben willen wirklich eine Bestimmung getroffen worden ist. Ist dies aber der Fall, so kann das Schweigen vieler Commentatoren der P. G. O. nicht als ein Grund gegen das Daseyn ihrer Vorschrift oder gegen die Verbindlichkeit zu deren Befolgung gelten. Diese Wahrnehmung ist nur ein Zeichen des Uebersehens oder (doctrinellen) Mißverstehens. Auf die gedachte Erscheinung kommt daher so wenig an, als eine etwaige Schwierigkeit in der Anwendung die Unrichtigkeit des Grundsatzes beweist [12]).

Die P. G. O. hat nun nicht blos vorgeschrieben, daß, sondern auch (verbo: „so"), unter welchen Bedingungen der Versuch zu bestrafen sey. In dieser Hinsicht hebt sie erstens hervor, daß sich die Handlung, welche als Versuch soll betrachtet werden dürfen, auf ein Verbrechen beziehen müsse („so sich Jemand einer Missethat unterfteht"). Es wird also mit andern Worten vorausgesetzt, daß eine Missethat das Ziel oder der Zweck der Unternehmung sey. Die Nothwendigkeit der Richtung der verbrecherischen Thätigkeit auf ein solches Ziel bringt es von selbst mit sich, daß das bestimmte Verbrechen, dessen Vollendung gewollt wurde, auch den für dasselbe in Thätigkeit gesetzten Versuch charakterisirt. Letzterer muß daher die Merkmale theilen, welche den Begriff des erwähnten Verbrechens bilden [13]). Der Versuch an sich ist eben darum eine leere Abstraction, die erst durch die gedachte Beziehung Inhalt und praktische Brauchbarkeit empfängt.

Aber diese Beziehung muß auch zweitens bereits einen Ausdruck gewonnen haben. Um seinetwillen verlangt die P. G. O. „scheinliche Werke" — d. h. äußerliche Erkennbarkeit des auf das Verbrechen, wel-

12) Zachariä a. a. O. S. 246.

ches der Missethäter bezweckte, gerichteten Willens [14]). Allerdings sind alle Strafgesetze Willensgesetze [15]). Sie sollen und wollen auf das Vermögen der Selbstbestimmung einwirken, indem sie den Menschen und Bürger als ein freies Wesen, nicht als eine Maschine, ansehn und eben darum ihm seine Handlung als solche zurechnen. Indessen selbst wenn sich ein strafgesetzwidriger Wille geäußert hat, darf derselbe doch nicht schon blos darum, weil er aus dieser Aeußerung erkannt werden kann, also aus dem Reiche der Gedanken in das Reich der Erscheinungen übergegangen ist, mit Strafe belegt werden; denn auf jene Art ist nichts weiter, als der Beweis seines Daseyns geliefert worden. Ob Jemand aber durch Wort oder That den ernsten Willen erklärt hat, ein Verbrechen zu begehen, das ist für die Erlangung der Gewißheit dieser seiner Absicht völlig gleich. Es wäre daher durchaus nicht einzusehen, warum die Gewißheit eines solchen Vorhabens, für welche nur ein wörtlicher Ausdruck spräche, anders angesehen werden und blos zu präventiven Maaßregeln berechtigen sollte [16]), während die zweite Art gleicher Bedrohung wirklich Strafe nach sich zöge, wenn nicht in dieser That außerdem noch Momente lägen, welche nicht gestatteten, dieselbe lediglich als einen Beweisgrund der bösen Absicht zu betrachten. Die Aeußerung des Willens muß also mehr als Bedrohung, sie muß schon ein gegenwärtiges Unrecht seyn. Im Geiste des deutschen Criminalrechts ist sie dies aber nur dann,

13) Roßhirt a. a. O. S. 328.

14) Heffter a. a. O. §. 76. Not. 4.

15) Bauer a. a. a. O. S. 379.

16) P. G. O. Art. 176.

wenn sie sich nach sub- und objectiver Seite als gemeingefährlich darstellt [17]). Hieraus erklärt es sich, warum die P. G. O. Anstand genommen hat, den Willen allein, ohnerachtet seiner Erkennbarkeit, mit Strafe zu belegen, die „reelle Beziehung" seiner Bethätigung „zum Zwecke der Haupthandlung" für nöthig erachtet — d. h. warum sie vorgeschrieben hat, „daß durch den natürlichen Fortgang des angefangenen Werks es zum Werke selbst nach natürlichen Gesetzen müsse kommen können." [18]) Daß dies aber wirklich in ihrer Anordnung liege, erhellt daraus, daß sie sich mit dem Erforderniße der Aeußerung der verbrecherischen Absicht („scheinliche Werke") nicht begnügt hat. Sie giebt vielmehr ein weiteres Merkmal an, welches den ihr untergestellten Sinn hat, indem sie eine bestimmte Beschaffenheit der scheinlichen Werke fordert. Es ist nämlich gar kein Grund vorhanden, ihren desfallsigen Inhalt nur enuntiativ zu verstehen [19]). Im Gegentheile darf nach bekannten Auslegungsregeln [20]) keines ihrer Worte für überflüssig gehalten werden. Es fragt sich daher, was sie gemeint habe, als sie von „scheinlichen Werken" sprach, „die zur Vollendung der Missethat dienstlich seyn mögen."

Ich glaube, hierin zweierlei zu finden. Die Werke sollen nämlich 1) auf die Erreichung des verfolgten Zweckes („zu Vollbringung") nicht blos gerichtet,

17) Zachariä a. a. O. S. 243—245. 258. Abegg a. a. O. §. 91. S. 150. Mittermaier im neuen Archive des Criminalrechts, Bd. I. S. 183—199.

18) Roßhirt a. a. O. S. 311.

19) Roßhirt a. a. O. S. 309. Not. 1.

20) Fr. 7. §. 2. D. de suppell. leg. 33. 10. Glück's Pandectencommentar, Th. 1. Erste Ausgabe. S. 225. Wening-Ingenheim's Lehrbuch d. Civilrechts. 5te Ausg. Bd. 1. Cap. 1. §. 7. und hierzu Fritz's Erläuterungen ꝛc. Bd 1. S. 30.

ſondern auch 2) für dieſelbe geeignet („dienſtlich") ſind — d. h. die Möglichkeit („mögen") ihrer desfallſigen Verwendbarkeit in ſich tragen.

Dagegen iſt erinnert worden [21]), daß „ſcheinliche Werke" ſo viel heiße, als „beweiſende Handlungen" und daß daher der Zuſatz: — „die zu Vollbringung dienſtlich ſeyn mögen" — nur dieſes Prädicat aufklären ſolle. Hiernach ſagten die angezogenen Worte, daß die Handlungen ſo beſchaffen ſeyn müßten, daß ſie „nicht anders, als auf den Zweck, die Miſſethat zu begehen, gedeutet werden könnten." — Luden's Recenſent [22]) hat jedoch mit Recht hierauf erwiedert, daß der fragliche Zwiſchenſatz, ſelbſt wenn die behauptete Bedeutung der ſcheinlichen Werke zuzugeben ſey, keineswegs lediglich auf den Beweis der Abſicht bezogen werden müſſe; denn mit einer ſolchen Beziehung läßt ſich die Annahme, daß derſelbe von einem Cauſalnexus rede, füglich vereinigen. Grade die Möglichkeit eines ſolchen würde die Deutung der Werke auf den verbrecheriſchen Zweck am meiſten rechtfertigen, während ſich von Werken, die dazu undienſtlich iſt, kein desfallſiger Gebrauch machen läßt.

Dagegen hat Luden [23]) vollkommen Recht, wenn er bemerkt, daß die P. G. O. von „Werken" und nicht von Mitteln rede. Aber „die Anwendung eines Mittels, in ſofern es ſcheinlich iſt, gehört ſchon zu den Werken, und ein Werk, bezogen auf einen Zweck, iſt im Verhältniſſe zu dieſem ein Mittel." [24])

---

21) Luden a. a. O. S. 51. 461. 475 u. 476. Pfotenhauer a. a. O. S. 188.

22) Abegg in Richter's Jahrbüchern a. a. O. S. 52.

23) a. a. O. S. 475.

24) Abegg a. a. O. S. 53.

Es unterliegt daher keinem gerechten Zweifel, daß der Versuch, außer der Zweckberechnung, auch in einem Verhältnisse der Zweckmäßigkeit zur Vollendung stehen muß — d. h. daß durch das für jenen angewendete Mittel diese bewirkt werden kann. Selbst Hepp, der von einem allgemeinen Standpunkte aus den Gegnern der hier vertheidigten Ansicht beitritt, erkennt [25]) an, daß nach gemeinem, positiven Rechte das Erforderniß der Möglichkeit eines ursachlichen Zusammenhanges richtig sey. Zugleich weist er [26]) eine von Tittmann [27]) vorgebrachte Auslegung sehr gut zurück; denn man muß jenem Schriftsteller beistimmen, daß, wenn die Dienstlichkeit der Werke ein Merkmal des gesetzlichen Begriffs vom strafbaren Versuche enthält, dasselbe nicht bei Seite geschoben werden darf. Man schiebt es aber bei Seite, sobald man mit diesem Gelehrten in derselben nur eine Charakteristik der gewöhnlichen Fälle erblickt. Versuche mit undienstlichen Werken werden freilich wohl seltner begangen, als Versuche mit dienstlichen Werken. Wenn man darum jene zu den ungewöhnlichen Fällen rechnet, so würde allerdings der Mangel der Dienstlichkeit ihre Strafbarkeit nicht ausschließen. Indessen alsdann wäre aber auch die Erwähnung der Dienstlichkeit in unserm Gesetze blos eine bedeutungslose, überflüssige Anführung dessen, was öfters und regelmäßig zu geschehen pflege. Es ließe sich gar nicht einsehn, warum eine solche rein thatsächliche Erscheinung in der Form einer nähern Bestimmung der die Strafbarkeit des

25) Im Archive des Criminalrechts. Neue Folge 1836. S. 254—256.

26) In seinen Versuchen S. 324.

27) a. a. O. §. 96.

Verſuchs bedingenden Werke hervorgehoben worden ſeyn ſollte, wenn es richtig wäre, daß dieſe Strafbarkeit einträte, — gleichviel, ob die Dienſtlichkeit der Werke, wie gewöhnlich, vorhanden ſey, oder eben einmal ausnahmsweiſe fehle. Indem übrigens die P. G. O. die Möglichkeit der dienſtlichen Werke nur in Hinblick auf die gewollte Miſſethat, in dieſer aber lediglich die Abſtraction ihres Begriffs, nicht ihr concretes Daſeyn vor Augen hat, rechtfertigt es ſich, wenn ich die von ihr vorausgeſetzte Zweckmäßigkeit auch nur abſtract verſtehe, folglich die Strafloſigkeit auf abſtract oder, wie man zu ſagen pflegt, abſolut untaugliche Mittel beſchränke. Ich enthalte mich jedoch, die nähere Begründung dieſer Behauptung hier zu entwickeln. Nur ſo viel noch, daß es keinem Geſetzgeber einfallen wird, Etwas, was in ſeiner abſoluten Richtung, alſo für jeden Thäter, in jeder Beziehung, unter allen Umſtänden unmöglich iſt, zu verbieten [28]). Menſchliche Geſetze können vernünftiger Weiſe nur auf Verhältniſſe berechnet ſeyn, für die ihre Anordnung maaßgebend werden kann. Auf ein Ereigniß, deſſen Eintritt ſchon durch natürliche Geſetze durchweg ausgeſchloſſen iſt, äußert die Willkür, die Selbſtbeſtimmung, keinen Einfluß. Daſſelbe gehört eben darum dem Bereiche des Rechts, deſſen Grundlage die Freiheit iſt [29]), nicht im entfernteſten an.

So wenig als „die bloße Entäußerung eines Gedankens zureicht, um Jemanden als Verbrecher zu finden" [30]), darf eine Handlung für ein Verbrechen —

28) Zachariä a. a. O. S. 246.

29) Puchta's Curſus der Inſtitutionen, Th. I. S. 3—9.

30) Fr. 18. D. de poen. 48. 19. Fr. 1. §. 1. D. de furt. 47. 2.

also auch für einen Versuch — gelten, wenn sie nichts weiter ist, als die thatsächliche Erklärung desselben Willens, der auch dort natürlich ausgesprochen worden seyn muß, um einen Gegenstand rechtlicher Beurtheilung für einen Dritten abgeben zu können. Diese Bedeutung der Handlung muß aber so oft angenommen werden, als sie „nur in der Phantasie des Verbrechers, nicht aber in der Wirklichkeit einen Schritt zum verbrecherischen Ziele" enthält [31]); denn ließe sich auch bei einer solchen Beschaffenheit der Handlung die selbst von Luden [32]) in Uebereinstimmung mit Zachariä [33]) geläugnete Möglichkeit eines Beweises des dolus denken, so würde doch immer ein gänzlich und sofort unwirksames Mittel kein Anfang der Ausführung und folglich kein Versuch seyn [34]). Allerdings bleibt alsdann immer noch die geoffenbarte Gesinnung, wenn auch nicht die That, gefährlich. Nach diesem Gesichtspunkte fällt aber die Ankündigung des durch „undienstliche Werke" bewiesenen Vorsatzes, ein Verbrechen zu begehen, wie schon weiter oben bemerkt wurde, mit einer Drohung gleichen Inhalts zusammen. Sie rechtfertigt deshalb in soweit, als die Drohung nicht ein selbstständiges Verbrechen bildet, blos polizeilich vorbeugende Sicherungsmaaßregeln [35]). Freilich hebt die P. G. O. selbst hervor, daß „solcher böser Wille peinlich zu strafen" sey. Mit vollem Rechte muß man hierauf Gewicht legen. Auch wird das-

31) Roßhirt a. a. O. S. 309.
32) a. a. O. S. 286 fg.
33) a. a. O. S. 241.
34) Abegg's Lehrbuch §. 96.
35) Abegg a. a. O. S. 155. Zachariä a. a. O. S. 245 und 250. Heffter a. a. O. §. 76. Mittermaier im neuen Archive des Criminalrechts Bd. X. S. 353.

ſelbe noch dadurch verſtärkt, daß die Handlung grade dann nur als Verſuch gilt und beſtraft werden ſoll, wenn „die Vollbringung derſelben Miſſethat durch andere Mittel wider „des Thäters" Willen verhindert" worden iſt. Der Thäter konnte hiernach die Vollendung nicht erreichen. Indem er dennoch beſtraft werden ſoll, muß der Grund hierzu in ſeinem verbrecheriſchen Willen geſucht und gefunden worden ſeyn [3]). Allein dieſer Grund iſt, wenn auch, wie bei allen Verbrechern, der letzte, höchſte, doch nicht der einzige. Die Strafe iſt nicht blos deshalb, weil der Wille da iſt und ſich — gleichviel, wie? — geoffenbart hat, angedroht worden. Grade um einem ſolchen möglichen Mißverſtändniſſe vorzubeugen, hat die P. G. O. ausdrücklich auf die beſondere, ihre Strafe bedingende Bethätigung des Willens, auf die von ihr im Eingange bezeichnete objective Gefährlichkeit, zurück verwieſen („ſolcher böſe Wille, daraus etliche Werke, als obſteht") [37]).

Es ſcheint übrigens, als ob ſich für unſere Meinung auch noch anführen laſſe, daß der Thatbeſtand des ſtrafbaren Verſuchs nicht blos durch das bisher allein beleuchtete Merkmal der „ſcheinlichen" und „dienſtlichen Werke" erſchöpft werde; denn allerdings ſtellt die P. G. O. noch ein zweites Copulativ auf („ſo ſich Jemand einer Miſſethat unterſteht und doch an Vollbringung derſelben durch andere Mittel wider ſeinen Willen verhindert würde"). Die Verhinderung der Vollbringung, welche wider den Willen des Verbrechers durch andere Mittel erfolgt iſt, ſoll alſo die zweite Bedingung ſeyn. Nun

---

36) Bauer a. a. O. S. 345 u. 381.

37) Zachariä a. a. O. S. 259. Pfotenhauer a. a. O. S. 189.

konnte man vielleicht sagen, daß, wenn sich dieser Wille durch undienstliche Werke geäußert hat, die Vollbringung nicht durch andere Mittel verhindert, sondern lediglich durch die gleich Anfangs vorhandene Unmöglichkeit eines Causalzusammenhanges ausgeschlossen werde. Hiernach würde eine der aufgestellten Voraussetzungen des Versuchs, mithin dieser selbst, nicht eintreten können. Indessen — dagegen läßt sich wohl erinnern, daß die P. G. O. durch die „Werke", von denen sie im Eingange gesprochen, die positive Seite des Versuchs, die für denselben entwickelte Thätigkeit, bezeichnet hat. Sie mußte indessen auch noch hervorheben, daß dieselbe ihr Ziel verfehlt habe (an der Vollbringung verhindert worden sey); denn eben durch dieses Verfehlen unterscheidet sich der Versuch von der Vollendung. Indem sie daher dessen negative Seite, die unterbliebene Vollbringung, berührte, vergegenwärtigte sie sich die Gründe dieses verfehlten Zieles. Solche Gründe konnten nur entweder in einer Aenderung des Willens oder ohnerachtet seiner Fortdauer („wider seinen Willen") in „andern" entgegentretenden Ursachen liegen. Diese Ursachen erscheinen in Bezug auf die Verhinderung der Vollbringung als deren „Mittel." Zugleich werden die gedachten Mittel als Antithese der Willensänderung, als deren Gegensatz, durch das Beiwort: „andere" bezeichnet. Indem dies aber geschieht, ist weder der Umfang noch die Reihefolge der Wirksamkeit der Mittel irgend begrenzt worden — d. h. in ersterm Betrachte gehört den „andern Mitteln" Alles an, was die Verhinderung der Vollbringung bewirken kann, folglich auch die Undienstlichkeit der Werke, selbst wenn durch diese nothwendig der gedachte, negative Erfolg herbeigeführt wird — in letzterm Betrachte hingegen

muß keineswegs angenommen werden, daß die „andern Mittel" zwiſchen den Werken und der Verhinderung der Vollbringung liegen, alſo auch nicht ſchon in der Undienſtlichkeit der Werke einen ihrer Gründe finden können.

Indeſſen — es ſpringt in die Augen, daß eine Anſicht darum noch nicht falſch iſt, weil deren Richtigkeit auf die Weiſe nicht nachgewieſen werden kann, welche dafür aus Irrthum mit benutzt worden ſeyn mag. Haben wir daher nur ſonſt genügende Gründe, ſo wird uns die Zurückweiſung der eben erwähnten Deduction in unſerer Ueberzeugung nicht irre machen dürfen. Uebrigens ſind wir bei Widerlegung des angeführten Scheingrundes unter Anderm davon allerdings ausgegangen, daß auch der, welcher undienſtliche Werke angewendet hat und durch dieſe ihre Beſchaffenheit an der Vollbringung der Miſſethat verhindert worden iſt, ſeinen Willen bezeigt habe und bei demſelben beharrt ſey. Indem wir ihn aber nichts deſto weniger für ſtraflos halten, trifft uns keineswegs, wie Bauer [35]) glaubt, der Vorwurf eines Mangels an Folgerichtigkeit. Allerdings theile ich die Meinung, daß — wenn die Vollbringung dadurch, daß der Thäter ſeinen durch dienſtliche Werke bethätigten verbrecheriſchen Willen geändert, d. h. aufgegeben hat, alſo hier nicht durch andere Mittel verhindert worden iſt, ebenfalls Strafloſigkeit eintrete. Allein jener Vorwurf Bauer's würde doch nur in ſofern treffend ſeyn, als man gleich ihm blos auf die Bethätigung des böſen Willens, den ſubjectiven Grund, die Strafbarkeit des Verſuchs ſtützt; denn alsdann wäre es allerdings widerſprechend, dem, der die Vollbringung vielleicht erreichen konnte, aber freiwillig abſtand,

35) a. a. O. S. 382.

mit dem, „der bei ſeinem böſen Willen beharrte und dieſen, ſo viel an ihm lag, zu verwirklichen ſuchte", auf gleiche Linie zu ſtellen. Allein dieſer Schein eines Widerſpruchs verſchwindet, ſobald man auch die objective Seite berückſichtigt; denn unter der Vorausſetzung ihrer gleichmäßigen Geltung können verſchiedene Wege zu einem Ziele — der Strafloſigkeit — führen.

Man muß wohl zugeben, daß, indem die P. G. O. die Strafe des Verſuchs davon abhängig gemacht hat, daß die Vollbringung wider den Willen des Verbrechers durch andere Mittel verhindert worden iſt, eine durch ſeinen (veränderten) Willen herbeigeführte Verhinderung der Vollbringung die Anwendbarkeit ihrer zweiten Bedingung und mit dieſer die Strafbarkeit des Verſuchs ausſchließe. Hieraus läßt ſich aber ein neues Moment für die Behauptung entnehmen, daß die P. G. O. der objectiven Gefährlichkeit auch bei dem Verſuche einen, die Strafbarkeit beſtimmenden Einfluß eingeräumt habe; denn käme es blos auf den erkennbaren und erkannten böſen Willen an, ſo würde derſelbe ſchon in dem Augenblicke, in welchem er ſich durch ſcheinliche Werke geäußert hätte, alſo in eine äußere That übergegangen wäre, ſtrafbar geworden ſeyn. Durch eine ſpätere Aenderung könnte aber dieſe bereits vorhandene rechtliche Folge nicht wieder aufgehoben werden. „*Facti* causae *infectae* nulla constitutione fieri possunt." [39]) Eine rechtliche, rückwärts vertilgende Kraft könnte jeder andern Willensrichtung ohne Inconſequenz nicht beigemeſſen werden; vielmehr würde ſich ihr Einfluß auf das beſchränken müſſen, was ſie bewirkt hätte — d. h. auf die Verhinderung der Vollbringung. Letztere wäre

39) *Fr.* 12. §. 2. D. de captiv. et postlim. 49. 15.

nicht eingetreten und die mit ihr verknüpfte, gröſsere Strafbarkeit also auch nicht verwirkt worden. Grade umgekehrt verhält es sich, wenn man annimmt, daſs die allerdings bereits in das Reich der Erscheinungen eingetretene subjective Gefährlichkeit allein die Strafbarkeit des Versuchs nicht bedingt, sondern durch die Concurrenz des objectiven Gesichtspunkts mit bestimmt wird. Alsdann ist es nur eine folgerichtige Anwendung des leitenden Grundgedankens, daſs, wenn die gänzliche Abwendung der Gefahr, welche der böse Wille wirklich schon herbeigeführt hat, noch durch dessen Aenderung erfolgt ist, Strafloſigkeit eintreten muſs.

Erfordern nach Allem, was bisher gesagt worden ist, die Werke offenbar auch objective Gefährlichkeit und schlieſsen sie deshalb die Strafbarkeit des Versuchs durch absolut untaugliche Mittel aus; so liegt der Grund eben nur in der Undienstlichkeit der letztern, dem nothwendigen und alleinigen, negativen Gegensatze des in der Dienstlichkeit aufgestellten positiven Erfordernisses — also in dem Mangel eines möglichen Causalzusammenhanges. Allerdings fehlt dieselbe Möglichkeit auch da, wo die Missethat, welche unternommen wurde, nicht vollbracht werden konnte, weil das an sich dienstliche Werk, d. h. blos als solches, rein in Hinsicht auf seine Bestimmung aufgefaſst — sein Ziel verfehlen muſste, indem es auf einen Gegenstand gerichtet wurde, der entweder gar nicht existirte oder dessen Beschaffenheit es schlechterdings, unter allen Umständen, nicht gestattete, den verfolgten Zweck durch dasselbe zu erreichen. Auch in diesen Fällen lag eben so, wie da, wo für das nämliche Verbrechen von vorn herein absolut undienstliche Werke erfolgten, derselbe verbrecherische Wille vor; eben so ist es hier, wie

dort äußerlich erkennbar geworden, und gleichmäßig läßt ſich in beider Hinſicht ſagen, daß die Werke zur Vollbringung nicht dienſtlich waren und ſeyn konnten, weil die, durch das Verhältniß einer Urſache zu ihrer Wirkung vermittelte, gegenſeitige Beziehung zu einander unmöglich war. Ja, man könnte vielleicht geradezu den Gegenſtand des Verbrechens, auf welchen eingewirkt werden ſollte und mußte, um die Vollbringung zu erreichen, als ein Mittel für dieſen Zweck, oder auch, wenn man lieber will, für die erfolgte Abſicht die vorſetzliche Geſetzübertretung, bezeichnen; denn derſelbe war nur durch das Daſeyn oder die vorausgeſetzte, abſtract nothwendige Beſchaffenheit des Gegenſtandes erreichbar, konnte mithin blos inſofern der Abſicht des Verbrechers dienſtlich ſeyn.

Allein gegen dieſe Darſtellung läßt ſich ein ſehr erheblicher Einwand begründen. Wer nämlich derſelben gemäß aus den Beſtimmungen, welche die P. G. O. über den Verſuch enthält, die Strafloſigkeit einer Handlung glaubt ableiten zu dürfen, welche gegen ein für die Begehung des beabſichtigten Verbrechens ungeeignetes Object gerichtet iſt, dem möchte wohl entgegnet werden dürfen, daß die P. G. O. nur die Bethätigung des böſen Willens durch Werke erfordert, die in ihrer abſtracten Beziehung zu dem Begriffe eines beſtimmten Verbrechens für die Vollbringung des letztern dienſtlich ſeyn können. Keineswegs verlangt ſie, daß dieſe Dienſtlichkeit auch in Hinſicht auf einen einzelnen, concreten Fall vorhanden ſey. Es kommt alſo z. B. nach ihr blos auf die Handlung an, die an ſich geeignet wäre, überhaupt zu tödten; es würde deshalb aber, um dieſe Handlung unter den Geſichtspunkt des ſtrafbaren Verſuchs ſtellen zu dürfen, nicht nöthig ſeyn, daß

der, welcher getödtet werden ſollte, im Augenblicke des Unternehmens wirklich noch lebte. Man kann ungefähr daſſelbe etwa auch ſo ausdrücken: die P. G. O. wollte, indem ſie den Thatbeſtand des Verſuchs beſtimmte, blos die denſelben als ſolchen charakteriſirenden Merkmale entwickeln. Sie faßte den Verſuch ſelbſtſtändig und im Gegenſatze zur Vollendung auf. Dieſe, wie jener, drückt aber lediglich ein Verhältniß der verbrecheriſchen, abſichtlichen Thätigkeit zu dem Verbrechen aus, — m. a. W.: dieſes Verhältniß bezeichnet verſchiedene Phaſen, welche die vorſchreitende Entwickelung jener Thätigkeit durchlaufen kann. Eben darum drücken die Begriffe „Verſuch und Vollendung" nur das Maaß gegenſeitiger Entfernung aus, ſie ſagen, wie weit der Verbrecher innerhalb der Laufbahn, die er mit dem Verſuche beginnt und mit der Vollendung beſchließt, gekommen ſey, nicht aber, ob er ein Strafgeſetz und welches übertreten habe. Die Antwort hierauf kann daher nur aus andern Quellen geſchöpft werden. Es bezieht ſich daher unſere Frage gar nicht auf die Lehre vom Verſuche, und eben darum darf auf die ihr entlehnte Möglichkeit eines Cauſalzuſammenhanges kein irgend entſcheidendes Gewicht gelegt werden, wenn es gilt, zu unterſuchen, ob ein Verbrechen auch an einem Gegenſtande begangen werden könne, rückſichtlich deſſen es unmöglich iſt; denn ſo allgemein muß die Aufgabe gefaßt werden, weil Verſuch und Vollendung nur Durchgangspunkte oder, will man lieber, Eintheilungen des Begriffs: „Verbrechen" ſind. Hieraus erhellt, daß von einem Verſuche ſo wenig, als von der Vollendung da die Rede ſeyn kann, wo kein Verbrechen möglich iſt. Es muß daher immer zunächſt der allgemeine Thatbeſtand des letztern, alsdann aber auch der Thatbeſtand eines be-

stimmten Verbrechens vorhanden seyn. Versuch und Vollendung sind nämlich, wie gesagt, inhaltsleere Abstractionen, die erst durch ihre Beziehung auf irgend eine gewisse Verbrechensart Realität erhalten. Die Nothwendigkeit einer solchen Beziehbarkeit, der Anwendung und Verbindung einer dem allgemeinen Theile des Criminalrechts angehörigen Lehre auf und mit dessen speciellem Theile, wird auch von der P. G. O. dadurch hervorgehoben, daß sie nicht etwa den Versuch als ein selbstständiges Verbrechen geahndet wissen will, sondern in der Ueberschrift zu unserm Artikel von der „Strafe unterstandener Missethat" redet und eben so im Contexte die von ihr geforderten Werke, wie wir schon oben gesehen haben, auf die Missethat berechnet wissen will, deren sich jemand „unterstehet." Der Begriff oder die Bedingungen der Missethat, für welche jene Werke unternommen worden sind, setzt sie also nothwendig schon voraus und hat wenigstens in sofern, und in soweit, als dessen Merkmale durch die verbrecherische, von ihr geschilderte Thätigkeit nicht erschöpft werden, vielmehr unabhängig von derselben und außerhalb derselben liegen, durchaus nichts geändert.

Was gehört nun zu dem allgemeinen Begriffe eines Verbrechens? — Jedes Verbrechen enthält eine Verletzung des Rechts im objectiven Sinne und einer Rechtspflicht. Der letztern muß daher ein Recht im subjectiven Sinne entsprechen. Dies kann aber nur einer Person zustehen. Es begreift sich daher, daß da, wo es an einem solchen Rechte gänzlich fehlt, die Möglichkeit einer Uebertretung der zu dessen Schutze bestehenden Normen auch nicht gegeben ist. Nun sind keineswegs alle Verbrechen zunächst ausschließend gegen den Staat als sichtbaren Vertreter der Rechtsidee,

ſondern viele unmittelbar auch gegen die von ihm, aus gemeinheitlichen Rückſichten durch Strafgeſetze geſchützten Rechte Einzelner gerichtet. Indem er aber durch deren Schutz die Rechtsordnung überhaupt gewährleiſtet, iſt die Bedingung ſeines desfallſigen Strafrechts an das Daſeyn „des Rechtsverhältniſſes, welchem entgegengehandelt, welches rechtswidrig verletzt wird", als an „eine nothwendige Vorausſetzung des Verbrechens" geknüpft, weil, „wo ein Recht nicht beſteht, eine Verletzung deſſelben nicht Statt finden und auch hinſichtlich deſſelben ein Angriff auf das öffentliche Geſetz nicht vorkommen kann." Von einem Rechte eines Einzelnen, welches einen Gegenſtand als ſeinen Inhalt vorausſetzt, kann aber von dem Augenblicke ab, in welchem der Einzelne zu exiſtiren aufgehört hat, ſo wenig weiter die Rede ſeyn, als wenn der vormalige Inhaber den Charakter einer Perſon verloren hat [40]).

Um die entwickelten Grundſätze auf den Verſuch anzuwenden, darf man nicht vergeſſen, daß derſelbe, wie wir eben geſehen haben, in ſeiner Erſcheinung als reeller Begriff ſtets eine relative, erſt durch das bezweckte Verbrechen beſtimmte Natur hat und in Bezug „auf deſſen Haupthandlung oder Erfolg" eine Stufe bildet [41]). Wenn und wo daher das beabſichtigte Verbrechen ein durch ſeinen Gegenſtand beſtimmtes Recht eines Einzelnen oder das Daſeyn ſeines durch Strafgeſetze geſchützten Zuſtandes vorausſetzt, da kann auch der Verſuch der Vollbringung nur unter derſelben objectiven Vorausſetzung, welche für die Vollbringung ſelbſt gilt,

40) Martin a. a. O. §. 42. Abegg a. a. O. §. 101. Marezoll a. a. O. §. 19.

41) Roßhirt a. a. O. S. 328.

begangen werden; denn was nicht verletzt werden kann, das läßt sich auch nicht gefährden. Während man freilich nicht behaupten darf, daß, wer ein Verbrechen nicht vollbringen könne, dasselbe auch nicht anzufangen vermöge, ist doch anzuerkennen, daß sich, was aus rein objectiven, gleich Anfangs vorhandenen Gründen unbedingt nicht ausgeführt werden kann, auch nicht anfangen lasse [42]).

Um bei dem von uns eben berührten Beispiele zu bleiben, so ist die Entziehung des Lebens der Erfolg, welcher die Vollendung der absichtlichen Tödtung charakterisirt; aber das Verbrechen der letztern setzt zu seinem Begriffe, also auch für die Möglichkeit eines Versuchs, ein lebendes Wesen voraus. Wir müssen daher Marezoll [43]) vollkommen beistimmen, wenn er einen criminell strafbaren Versuch der Tödtung deshalb läugnet, weil es „an einem unmittelbaren Gegenstande des Verbrechens, an einem lebenden Menschen fehlt, indem der Leichnam eines Menschen kein homo im Sinne des crimen homicidii ist. Wer einen criminell strafbaren Tödtungsversuch an einem schon todten Menschen annimmt, der muß ihn auch consequenter Weise da annehmen, wo jemand ein Thier, welches er im Finstern für einen Menschen hält, tödtlich verletzt, oder wo jemand auf eine Bildsäule, die er für einen Menschen hält, in tödtlicher Absicht schießt. Juristisch stehen nämlich diese Fälle sich einander völlig gleich. Auch hier, wie so oft, müssen wir uns hüten, die Unsittlichkeit der Handlung mit ihrem verbrecherischen Charakter, so wie den allgemeinen Begriff des Versuchs mit dem strengern juristischen eines conatus delinquendi zu verwechseln. Nun

42) Zachariä a. a. O. S. 247.

43) a. a. O. S. 278.

läßt es ſich zwar als möglich denken, daß ein ſolches Unternehmen gegen einen Leichnam, weil darin etwas Gefährliches und die allgemeine Sicherheit Störendes liegt, aus polizeilichen Gründen mit Strafe bedroht wird. Allein dann liegt darin kein Tödtungsverbrechen, ſondern ein eigenes Polizeivergehen."

Ich kann wohl den zweiten Abſchnitt der bisherigen Erörterung nicht beſſer ſchließen, als mit Hefftter's [44]) treffenden Worten: „Handlungen, durch welche jemand eine verbrecheriſche Abſicht durch Irrthum an einem Objecte auszuführen ſuchte, an welchem das beabſichtigte Verbrechen überhaupt unmöglich war, würden als gefährliche Willensäußerungen nur der polizeilichen Sicherungsgewalt oder einer Cenſur anheimfallen, jedenfalls beſondere Strafbeſtimmungen vorausſetzen; denn das Recht ſieht in der Regel nur auf das Wirkliche und Mögliche, nicht auch auf den Schein, und Strafe ſetzt immer ein beſtimmtes Verbrechen, mithin auch die Verletzung oder wenigſtens Antaſtung eines *in concreto* gültigen Rechts voraus."

---

44) a. a. O. §. 36.

XX.

Ueber die Verbrechen des Land- und Hausfriedensbruchs [1]).

Von

Herrn Miniſterial-Secretär Dr. Fr. Schwarze

zu Dresden.

Es iſt bei Abfaſſung und Berathung der neuen Strafgeſetzbücher wiederholt in Frage gekommen, ob es angemeſſen und nothwendig ſey, das Verbrechen des Landfriedensbruchs mit aufzunehmen. Man hat die Frage häufig verneint und zu dieſem Ende bemerkt, daß es deßhalb nicht angemeſſen ſey, weil die hiſtoriſche Grundlage und Bedeutung dieſes Verbrechens untergegangen und ſein Begriff ein dem Volke völlig fremder ſey, auch die hierher gerech-

1) Indem der Verf. durch Ueberſendung gegenwärtiger 1ſten Mittheilung aus der neueſten crim. Praxis des K. Sachſen der diesfallſigen an ihn ergangenen ehrenvollen Aufforderung der Redaction Gnüge leiſtet, erlaubt er ſich nur noch im Allgemeinen, ſowohl in Bezug auf dieſe als etwa künftige Mittheilungen zu bemerken, daß er bei denſelben, da durch ſie nur Nachricht über die Anwendung der oder jener Geſetzvorſchrift in der Praxis behufs einer vergleichenden Ueberſicht mit den Erfahrungen in andern Ländern Teutſchlands, woſelbſt kürzlich neue Geſetzbücher ins Leben getreten ſind, gegeben werden ſoll, von theoretiſchen oder ſonſt tiefer eingehenden Erörterungen abzuſehen für nöthig hält und ſich in dieſer Beziehung behufs der Fixirung des Geſichtspunkts zur Beurtheilung der mitgetheilten Anſichten der K. Sächſiſchen Praxis nur mit *einigen kurzen* Andeutungen begnügen wird.

neten Fälle leicht und schicklicher unter den Bestimmungen über den Aufruhr und die Gewalt subsumirt werden könnten [2]).

Hiergegen läßt sich aber erinnern, daß, wenn gleich der Landfriedensbruch nur in einem modernern Zuschnitt und unter angemessener Anpassung an den alten, obsoleten Begriff des Landfriedensbruchs aufgenommen werden könnte, hierdurch allein der Gesetzgeber nicht genöthigt würde, von der Aufnahme dieses Verbrechens völlig abzusehen. Ist daher auch der Begriff des Landfriedensbruchs, wie er sich seit dem allgemeinen Landfrieden von 1495 darstellt, für unsere heutigen Zeiten unanwendbar; so bezieht sich dieses doch fast mehr auf seine äußere Gestaltung und Erscheinung, als auf das Wesen und den eigenthümlichen Charakter desselben, welcher noch leicht unsern heutigen Verhältnissen angepaßt werden kann.

Wie der Landfriedensbruch vor der Auflösung der teutschen Reichsverfassung sich als Verletzung der allgemeinen Sicherheit und des allgemeinen Friedens Teutschlands darstellte, so erscheint er jetzt als dasjenige Staatsverbrechen, dessen sich die Glieder eines Staates als Privatpersonen dadurch schuldig machen, daß sie ohne hochverrätherische Absicht einander rechtswidrig bekriegen [3]). Daher entspricht es allerdings weder dem Begriffe des Landfriedensbruchs, noch dessen historischem Charakter, wenn man heut zu Tage denselben auf gewaltsames Einbrechen einer Rotte in die Gebäude und Grundstücke eines Andern, gleichviel aus welchem Motive [4]), be-

2) Vgl. insbesondere Hepp, Comment. üb. das neue Württemb. Strafgb. II. S. 894 fgg.

3) Roßhirt, Lehrb. des Criminalrechts. §. 127 fg.

4) „Dieses geschehe aus Rache, oder um unerlaubte Selbsthülfe zu üben, oder um den ruhigen Besitz unbeweglicher Sachen, oder die Ausübung eines Rechts zu stören, oder zu entziehen." Baier. GB. von 1813. Art. 332.

ſchränkt [5]) und dadurch auf der andern Seite dieſes Verbrechen zu einem Aushilfsverbrechen erhebt, unter welches man zuletzt die meiſten Verbrechen, dafern ſie nur durch obiges Mittel — den qualificirten Einfall — verübt werden — ſubſumiren könnte [6]). Es läßt ſich in der That nicht abſehen [7]), wie bei einem jeden ſolchen gewaltthätigen Einfallen in des Andern Behauſung ohne Weiteres auch die allgemeine öffentliche Sicherheit und Ruhe, die pax publica, geſtört und auf einen ſolchen Einfall, der häufig nur als Privatverbrechen ſich charakteriſiren wird, der Begriff des Landfriedensbruchs ohne Weiteres anwendbar ſeyn ſoll.

Eben ſo wenig läßt ſich aber ohne Weiteres behaupten, daß der Landfriedensbruch durch die Beſtimmungen über den Aufruhr völlig erſchöpft und die Aufnahme des erſtern in ein Strafgeſetzbuch daher überflüſſig ſey. Denn wenn auch derſelbe leicht in dem Falle, wenn der Obrigkeit bei den von dieſer zur Verhinderung der beabſichtigten Gewaltthat vorgenommenen Maßregeln Widerſtand geleiſtet wird, in das Verbrechen des Aufruhrs übergehen kann, ſo wird doch eben der zu dieſem letztern erforderliche, charakteriſtiſche animus hostilis bei denjenigen, welche einen Privatmann befehden wollen, in der Regel nicht vorhanden ſeyn. Vielmehr muß eben darin, daß die Landfriedensbrecher, wenn ſie auch unter Störung der öffentlichen Ruhe ihre Handlungen gar nicht gegen die Behörden richten und eine Auflehnung gegen die Autorität derſelben gar nicht beabſichtigen, das charakteriſtiſche Merk-

5) GB. von Baiern 1813. Art. 332. Württemberg 189. Rheinheſſen 164.

6) Art. 335. Baier. GB.: „Desgleichen jedes unter der Geſtalt eines Landfriedensbruchs verübte Verbrechen — wird als Landfriedensbruch beſtraft.“

7) Mittermaier, über d. neueſten Zuſtand d. Cr. Geſ. S. 103.

mal gefunden werden. Demnächst können zwar auch Fälle des Landfriedensbruchs vorkommen, bei denen eine den Strafen des Aufruhrs gleichkommende Strafe sich völlig rechtfertigt (z. B. bei Zerstörung von Fabriken); allein die Strafen der unter den Landfriedensbruch fallenden Handlungen unbedingt und in allen Fällen denen des Aufruhrs gleichzustellen, erscheint bei dem angedeuteten wichtigen Unterschiede beider Verbrechen nicht recht passend.

Eben so wenig endlich läßt sich aber auch behaupten, daß der Landfriedensbruch schon in dem allgemeinen Aushilfsverbrechen der Gewalt mit enthalten sey und es daher einer besondern Hervorhebung des erstern nicht mehr bedürfe [8]). Die neueren Gesetzgebungen von Württemberg, Sachsen, Braunschweig (178.), Hannover (247.), Rheinhessen (168.) und der Badensche Entwurf (253.), haben statt des gemeinrechtlichen Verbrechens der Gewalt unter dem Namen des Verbrechens der Nöthigung (Baden „der Gewaltthätigkeit") ein subsidiäres Verbrechen mit jener bekannten Clausel: „in soweit die Handlung nicht in ein benanntes schwereres Verbrechen übergeht" aufgestellt. Unter dieses Verbrechen müßten nun auch in der Regel, in soweit nicht Raub ꝛc. concurrirte, die zum Landfriedensbruche gerechneten Fälle subsumirt werden.

Selbst nun aber davon abgesehen, daß die wichtigeren Unterarten des Verbrechens der Gewalt fast sämmtlich unter besonderm Namen als besondre Verbrechen mit besonderm Thatbestande herausgehoben worden sind und sich nicht absehen läßt, warum man von dieser hier sehr zweckmäßigen Specialisirung gerade eben bei dem Verbrechen des Landfriedensbruchs absehen will, so ist auch der von

8) Dieses muß aber z. B. nach dem Badenschen Entwurfe angenommen werden.

den neueren Gesetzgebungen aufgestellte Begriff der Nöthigung deßhalb nicht geeignet, den Landfriedensbruch mit in sich aufzunehmen, weil jener schlechterdings eine Gewalt gegen die Person, welche bei dem Landfriedensbruche nicht stets vorhanden ist, voraussetzt. Denn wenn auch der Angriff auf eine bewegliche Sache in der Regel und fast stets zugleich einen Angriff auf die Person des Inhabers enthält, so läßt sich dieses bei unbeweglichen Sachen nicht annehmen, da wohl die Flucht der Bewohner einer solchen bei der Annäherung der Landfriedensbrecher hierher gerechnet werden könnte, nicht aber auch der Fall, in welchem ein Gebäude, eine Anlage zerstört wird, in welcher sich zur Zeit des Angriffes Niemand befindet. Wenn man hiernächst nicht wieder einzelne Kategorieen der Nöthigung aufstellen und hierdurch selbst den Vorwurf einer für unzweckmäßig erachteten Specialisirung sich zuziehen wollte, so mußte man dem Richter ein unerhörtes arbitrium bei Ausmessung der Strafe einräumen. Denn wie weit entfernt von einander müßte nicht das Maximum und Minimum einer Strafe seyn, unter welche so verschiedenartige Handlungen, wie z. B. die von einer Rotte ausgeführte Zerstörung eines Gebäudes, und der Zwang, ein Papier (Wechsel, Gerichtsladung ꝛc.) zu verzehren, fallen würden? [9])

Es wurde daher von der 2ten Sächsischen Kammer mit Recht als eine Lücke des Entwurfs angesehen, daß dieser das Verbrechen des Landfriedensbruchs nicht besonders hervorgehoben und nur im Art. 110. zu dem Aufruhre es mitgerechnet habe, „wenn mehrere Personen sich zusammenrottiren, Rache an amtlichen oder Privatper-

9) Die GB. von Württemberg, Sachsen, Braunschweig, Hannover und Rheinhessen haben das Verbrechen des Landfriedensbruchs oder der öffentlichen Gewalt ebenfalls besonders hervorgehoben.

sonen mit Widerstand gegen die Civil- oder Militärbehörden zu nehmen, oder Gebäude oder andere Anlagen zu zerstören."

Konnte auch die ursprünglich beliebte und dem Baierschen Gesetzbuche von 1813 und dem Baierschen Entwurfe von 1822 nachgebildete Begriffsbestimmung des Landfriedensbruchs deßhalb nicht als befriedigend angesehen werden, weil dieselbe weder dem Wesen des Landfriedensbruchs entsprechend noch auch erschöpfend war, so ist doch durch die später angenommene Fassung eine angemessenere Begriffsbestimmung gewonnen worden, bei welcher zugleich zu rühmen ist, daß man von jeder Bestimmung der Zahl und des Alters der Personen, welche sich zusammenrotten, absah, da diese nur eine rein willkürliche seyn und den Richter in angemessener Auffassung eines jeden einzelnen Falles unzweckmäßig hindern würde [10]).

Die Kammern haben übrigens hierbei den Ausdruck „öffentliche Gewalt" gebraucht, während bei dem Aufruhre von „öffentlichem Zusammenrotten" die Rede ist, und es hat dieser Ausdruck das Mißgeschick gehabt, öfters falsch verstanden zu werden, so daß man den eigentlichen Charakter des Landfriedensbruchs völlig verkannt und gewöhnlich Straßen-Excesse, dafern sie nur mit einiger Publicität und Gewalt verübt worden, mit den Strafen des Landfriedensbruchs geahndet hat, — sich mithin die diesfalls bekanntlich in Baiern schon gemachte Erfahrung von der falschen Anwendung dieser Bestimmungen auch in Sachsen bestätigt hat.

---

10) Das GB. von Baiern 1813. Art. 332. setzt wenigstens 10 Personen, das GB. von Württemberg Art. 189. wenigstens drei und zwar wenigstens über 16 Jahre alte Personen voraus.

Der Ausdruck „öffentliche Gewalt" ist allerdings ein sehr ungenügender [11]), wenn man sich streng an den gewöhnlichen Sinn des Wortes „öffentlich" hält, und es scheint daher angemessen, ihn bei anderweiter Redaction oder auch Revision des Gesetzbuches mit einem passendern zu vertauschen, an welchen die Beziehung auf die öffentliche Ruhe und Sicherheit, welche durch die Gewalt gefährdet werde, prägnanter und schärfer hervortritt.

Die Bezugnahme auf den in dem römischen Rechte zwischen vis publica und vis privata gemachten Unterschied behufs der näheren Bestimmung der „öffentlichen Gewalt" erscheint ebenfalls als unpassend. Es dürfte sich keineswegs behaupten lassen, daß man unter vis publica lediglich diejenige Gewalt, welche sich auf öffentliche Verhältnisse beziehe, verstanden habe, und wenigstens in der spätern Zeit, wo schon die Richtung der Cäsaren-Despotie eine möglichste Ausdehnung der für die vis publica geordneten Strafen verlangte und herbeiführte, war der Unterschied im Begriffe der vis publica und privata ziemlich verwischt und einzelne Gewaltthätigkeiten nur nach ihrer Schwere dieser oder jener Species des crimen vis zugetheilt. Es kann daher heut zu Tage, namentlich da durch das germanische Recht in dieser Lehre so bedeutende Veränderungen veranlaßt worden sind, auf jenen willkürlichen Unterschied des römischen Rechts nicht mehr recurrirt werden.

Daß wenigstens die Kammern, von denen der Vorschlag zur Scheidung des Landfriedensbruchs aus dem Artikel über den Aufruhr und zur Aufnahme besonderer Strafbestimmungen über den erstern ausging, unter öffentlicher Gewalt nicht blos eine Gewalt, welche öffentlich ge-

11) Ebenso Braunschweig. GB. §. 102.: „um Gewalt — öffentlich zu verüben."

schieht, verstanden haben, das ergiebt sich schon aus dem Gutachten der Deputation der 2ten Kammer, der Stellung des Art. 118. im Gesetzbuche und den Verhandlungen, welche auch zeigen, daß die Regierung sich nur deßhalb gegen die von der gedachten Deputation vorgeschlagene Scheidung und selbständige Aufstellung des Landfriedensbruchs anfänglich erklärte, weil sie eine besondre Bestimmung über denselben neben der über den Aufruhr für überflüssig ansah, so wie sich auch die Verwandtschaft des Aufruhrs mit dem Landfriedensbruche in Betreff der öffentlichen Gewalt aus der verletzten Bestimmung dieses Artikels herausstellt. Wenn man dagegen jede mittelst eines Straßen-Excesses von mehreren Individuen verübte Selbsthülfe für einen Landfriedensbruch erklären will, so sieht man, abgesehen daß die harten Strafen mit der verhangenen Verschuldung in besonderer Disharmonie stehen würden, in der That nicht ein, weßhalb man den Hausfriedensbruch ebenfalls besonders hervorgehoben und durchgehend mit gelindern Strafen geahndet hat. Es kann die Gewalt, welche an Jemandem in seinem Hause verübt wird, für diesen oft von viel nachtheiligeren Folgen und viel empfindlicher seyn, als die auf öffentlicher Gasse an ihm verübte Gewaltthat.

Am passendsten erscheint die Bestimmung des Hannoverschen Gesetzbuches Art. 178: „Wenn durch Verübung rechtswidriger Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Eigenthum die öffentliche Sicherheit gestört wird", indem man dabei sehr wohl das Requisit der Zusammenrottung mehrerer Individuen deßhalb entbehren kann, weil die öffentliche Sicherheit nicht leicht durch die Gewaltthat eines Einzelnen gestört werden wird.

Eben so wenig endlich können hier, wo es sich um *eine wirkliche* Verübung von Gewaltthaten handelt, bloße *Drohungen* ausreichen, wie bei der Nöthigung und dem

sonstigen Verbrechen, die zum crimen vis gehören, da durch dieselben die öffentliche Sicherheit nicht als gefährdet erscheint.

Ein interessanter Fall kam im Juli 1840 in Dresden vor. Die Schiebeböcker glaubten, daß ihnen allein und nicht auch den Portechaisenträgern, welche man hierzu ebenfalls mit zu verwenden pflegt, das Recht zustehe, bei Ausräumung von Meubles aus den Wohnungen sich eines auf Räder gestellten Wagens zu bedienen, vielmehr die Chaisenträger nur Handtragen dazu gebrauchen dürften, und meinten dieses ihnen zustehende Recht durch eine Annonce, welche sie in das hiesige Tageblatt einrücken ließen, gegen die Eingriffe der Chaisenträger vollständig gesichert. Als aber die Chaisenträger nichts desto weniger fortfuhren, sich bei den gedachten Gelegenheiten eines Wagens zu bedienen, so widersetzten sich vier jener Lastträger auf öffentlicher Straße mehreren Chaisenträgern bei einer auf gedachte Weise veranstalteten Ausräumung, indem sie hierin zugleich eine Verhöhnung ihrer öffentlichen Protestation erblickten, und (das ist vorzugsweise zu berücksichtigen) forderten sie auf, mit auf die Polizei sich zu verfügen. Als letztere sich dessen weigerten, schnitten die Lastträger die Halskoppel, mit welcher der Wagen gezogen wurde, entzwei und suchten derselben sich zu bemächtigen, um, wie von ihnen wiederholt bemerkt wurde, ein Beweismittel für die angebliche Rechtsverletzung von Seiten der Chaisenträger zu erhalten. In Folge des dadurch entstandenen Lärmens, wobei übrigens eine wirkliche Gewalt nicht ausgeübt wurde, wurde die ganze Gesellschaft von der herzugeeilten Polizei verhaftet.

Diese allerdings grobe Selbsthilfe, verbunden mit einem polizeilich zu ahndenden Straßen-Excesse, wurde jedoch, da der Vorfall auf öffentlicher Straße gewesen, und

obschon eine eigentliche Gewalt nicht vorlag, in zwei Instanzen als Landfriedensbruch angesehen.

Ein eben so ungünstiges Schicksal haben in praxi auch die Bestimmungen über den Hausfriedensbruch erfahren. Wenn der Landfriedensbruch nur als qualificirter Einfall in fremde Wohnungen und Güter, und der Hausfriedensbruch nur als ein ohne vorherige Verbindung von drei Personen verübtes widerrechtliches Eindringen in des Andern Wohnung oder dazu gehörigen geschlossenen Bezirk angesehen wird [12]), so fehlt es nicht nur diesem willkürlichen Unterschiede an jeder Rechtfertigung, sondern beide Verbrechen werden auch dadurch dergestalt confundirt, daß der Landfriedensbruch fast nur als eine Steigerung des Hausfriedensbruchs [13]) erscheint. Das maßgebende charakteristische Moment bei dem Hausfriedensbruche ist die gewaltthätige Verletzung der pax domestica, bei dem Landfriedensbruche die gewaltthätige Verletzung der pax publica. Der Hausfriedensbruch erscheint als eine qualificirte Realinjurie und also als ein Privatverbrechen [14]), der Landfriedensbruch als eine die öffentliche, allgemeine Sicherheit gefährdende Gewaltthat, und daher als ein Staatsverbrechen. Die Störung des Hausfriedens erfolgt durch „widerrechtliches Eindringen" [15]); das Wort „eindringen" drückt zugleich aus, daß ein bloßes Einschleichen oder Einsteigen nicht ausreichend sey, vielmehr der Eintritt in die Wohnung und den Bezirk des Andern

12) Württemb. GB. Art. 193. S. Bericht der Dep. der 2ten Sächs. Kammer. S. 89.

13) Hepp a. a. O. S. 1036.

14) Daher nicht ex off. zu attendiren. S. aber Braunschw. GB. 180, welches übrigens den Hausfriedensbruch unter die Verbrechen wider die Freiheit der Person gestellt hat. Hannover 180.

15) Ebenso Rheinhessen 165.

mit Gewalt [16]), d. h. unter gewaltsamer Hinwegräumung der entgegenstehenden Hindernisse erfolgt sey [17]). Daß die Absicht des Eindringenden auf Verübung eines andern Verbrechens gerichtet seyn müsse, dürfte nicht erforderlich seyn, vielmehr scheint das Wort „widerrechtlich" sich nur darauf zu beziehen, daß dem Friedbrecher kein allgemeines oder besonderes Recht zum Eintritt in die Wohnung des Andern zur Seite stehen dürfe. Der Begriff der Realinjurie fordert, daß der Eindringende die Absicht gehabt habe [18]); — der Verfolgte, welcher auf der Flucht die Thüre eines Hauses erbricht, um sich in diesem zu verbergen, kann unmöglich wegen Hausfriedensbruchs gestraft werden. Der Charakter einer Injurie tritt auch in dem zweiten Falle des Hausfriedensbruchs nach Sächsischem Rechte: „Wenn Jemand — oder wider des Andern ausdrücklich erklärten Willen darinnen (im Hause ꝛc.) verbleibt", hervor. Auch hier muß das Verweilen einen injuriösen Charakter tragen [19]) und darf übrigens nicht durch eine Befugniß des Andern zum Verweilen gerechtfertigt seyn (z. B. bei gerichtlichen Pfändungen ꝛc.) [20]).

---

16) Deputationsbericht a. a. O. — Baier. GB. 422: „gewaltthätig einfallen oder sonst eigenmächtig eindringen." Hannover 180: „gewaltthätig eindringen."

17) Wenn, daher z. B. (vgl. v. Wächter, im Archiv 1834 S. 312.) Jemand über den Zaun eines Gartens steigt, und durch denselben geht, um einen Umweg zu ersparen, so kann er eben so wenig wegen Hausfriedensbruch gestraft werden, als diejenigen (v. Wächter a. a. O.) wegen Landfriedensbruch, welche, da sie bei einem Garten vorbeigehen und von einigen darin befindlichen Personen beleidigt werden, in den Garten einfallen, um jene Beleidiger zu strafen, — wie allerdings nach Württemb. Rechte.

18) S. aber Hepp S. 1038. 1042.

19) Das Hannov. GB. 180. verlangt sogar: „oder einen Andern in seiner Wohnung durch Gewalt beunruhigt", spricht dagegen auch nur von Wohnungen.

20) Von Interesse wird diese Frage bei solchen Gebäuden, wo der Zutritt und Eintritt eigentlich Jedem offen steht, so z. B.

Allein in praxi hat man leider oft dieſe ſachgemäßen Grundſätze verkannt und Denunciationen wegen Hausfriedensbruchs beachtet, wo die ſo eben entwickelten Merkmale in den angezeigten Handlungen Dritter nicht vorhanden waren. Es ſind dem Verf. insbeſondere einige Fälle bekannt geworden, in welchen theils nicht die Abſicht der Störung des häuslichen Friedens, theils nicht ein wirkliches Eindringen vorlag, und nichts deſto weniger die desfallſige Denunciation des Hausherrn beachtet wurde.

Wenn überhaupt in Sachſen die Erfahrung gemacht worden iſt, daß ſeit dem Erſcheinen des Strafgeſetzbuchs die Unterſuchungen ſich auffallend vermehrt haben, ſo dürfte gewiß der Grund derſelben — neben der allerdings in neuerer Zeit unverkennbar geſteigerten Thätigkeit und Aufmerkſamkeit der Behörden in Betreff verübter Verbrechen — auch eben darin mit liegen, daß viele Vergehen, die lediglich früher einen polizeilichen Charakter trugen, zu Criminalverbrechen erhoben worden ſind, ſo daß es dringend nothwendig wird, darüber zu wachen, daß die Anzahl dieſer Vergehungen nicht noch durch eine falſche Anwendung von vielleicht zu allgemein gefaßten Geſetzbeſtimmungen vermehrt werde.

---

in Gaſthäuſern, wenn der Wirth — ohne gegründete Urſache —. dem Eintretenden den Eintritt oder dem Gaſte das längere Verweilen verbieten und ſich dabei lediglich auf ſein Hausrecht, welches er eigentlich aufgegeben hat, geltend machen wollte.

XXI.

Ueber die rechtlichen Grenzen der Befugniß, die Correspondenz Angeschuldigter als Mittel der Begründung des Verdachts und des Beweises zu benutzen.

Von

Abegg.

Die Frage, in wiefern das s. g. Briefgeheimniß und was damit in Verbindung steht, überhaupt das Geheimniß der Privatpapiere, Schriften u. s. w. ein unbedingtes, keiner Ausnahme unterworfenes Recht zu behaupten vermöge oder — aus wenigstens vermeintlichen Gründen, die eine Ausnahme rechtfertigen sollen, unter bestimmten Voraussetzungen sich nicht geltend machen dürfe, ist von verschiedenen Seiten und Standpunkten aus verschiedentlich beantwortet worden. Und abgesehen von dem blos theoretischen Streite hat sich die Praxis — aber keineswegs allein oder vorzugsweise die strafrechtliche, — sondern mehr die administrative polizeiliche — die Entscheidung bereit gehalten, welche sie durch die Umstände und die ihr damit auferlegten Pflichten zu rechtfertigen oder doch zu entschuldigen gemeint hat. Hier, wie in den anderen Fällen, handelt es sich aber weniger um die Folgerungen aus gewissen Vordersätzen, deren Richtigkeit dahin gestellt bleiben möge, — als vielmehr um diese Vorder-

ſätze oder Vorausſetzungen ſelbſt, von deren Gültigkeit und Berechtigung nothwendig alles Weitere abhängt. Sind, auch wo jene Fragen praktiſch zur Sprache gebracht wurden, die Grundſätze nicht überall, wenigſtens nicht öffentlich ausgeſprochen, und ſtatt derſelben wohl mehr ſ. g. Rückſichten geltend gemacht worden, ſo müſſen wir jene zu erkennen und zum beſtimmten Bewußtſeyn zu bringen ſuchen, wenn wir uns die Aufgabe ſtellen, Rechenſchaft vor der Gerechtigkeit zu geben.

Vor einer Reihe von Jahren hat Mittermaier dieſen Gegenſtand in einer kurzen Abhandlung erörtert, in welcher er ſeinen ganzen gerechten Unwillen über Mißbräuche, die von der Strafrechtspflege entfernt ſeyn ſollten, ausgedrückt, die Nachtheile deſſelben lebhaft geſchildert, und die Ausnahmen, welche zugeſtanden werden dürften, durch gehörige Beſchränkungen auf ihr rechtes Maaß zurückzuführen geſucht [1]). Ich habe mich mit demſelben einverſtanden erklärt [2]), glaube aber, daß es nicht unangemeſſen ſey, die Sache nochmals jetzt, wo in mehrern Ländern Entwürfe zu neuen Prozeß-Geſetzgebungen vorgelegt werden, zur Beſprechung zu bringen und auf die leitenden Principien zurückzuführen. Doch möge gleich vorausgeſchickt werden, daß mein Ergebniß nicht ein abweichendes ſey, im Gegentheil die Grenzen in mancher Hinſicht nur noch enger beſtimmt werden zu müſſen ſcheinen. Auch will ich nicht ſäumen, ſofort zu erinnern, daß die uns beſchäf-

1) Im neuen Archiv des Criminalrechts Band II. S. 452: „Ueber das Recht des Criminalrichters, Briefverbrechung als Wahrheitserforſchungsmittel anzuwenden." Vom Jahre 1818. Hiermit iſt zu verbinden Deſſen Abhandlung in dieſem Archiv Bd. V. S. 306. Ueber den Zwang zur Herausgabe von Urkunden im Strafprozeſſe v. J. 1821, und beſonders: von Jagemann Handbuch der gerichtlichen Unterſuchungskunde Bd. I. S. 119 ff. mit S. 114 ff.

2) In meinem Lehrbuche des Criminal-Prozeſſes S. 84.

tigende Frage und die verſchiedenen Anſichten über deren genügende Löſung nicht in nothwendiger Verbindung mit dem Streite ſtehe, welcher jetzt über die Vorzüge oder ausſchließende Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des mündlichen öffentlichen Verfahrens in accuſſatoriſcher Form und des ſchriftlichen ſ. g. heimlichen Prozeſſes in der Form der Unterſuchung von Amts wegen mit erneutem Eifer geführt wird, da es nun, wo neue Strafprozeßordnungen entworfen und verabſchiedet werden ſollen, auf unmittelbare praktiſche Durchführung des einen oder andern Princips ankommt [3]). Zwar zweifle ich nicht, daß Manche das Gegentheil behaupten und insbeſondere dem ſ. g. inquiſitoriſchen Verfahren einen Vorwurf, aus der Möglichkeit oder Wirklichkeit der Anwendung eines Mittels machen, deſſen Entfernung von der andern Verfahrensart ſie mit oder ohne Kenntniß und gutem Glauben behaupten. Allein es gehört nur eine mäßige Bekanntſchaft mit den Grundſätzen und den geſetzlichen Beſtimmungen über die beiden Hauptformen des Verfahrens in ihrer heutigen Bedeutung und etwas guter Wille und Unparteilichkeit dazu, um anzuerkennen, daß weder da noch dort irgend ein verwerfliches Mittel, um zum Beſitz von ſolchen fraglichen Urkunden zu gelangen, geboten oder auch nur erlaubt wäre, und daß es, wenn von Mißbräuchen oder Ueberſchreitung der Befugniſſe des Unterſuchungs- oder Inſtructions-Richters oder von ausnahmsweiſen, durch irgend eine höhere Rückſicht zu entſchuldigenden oder zu beſchönigenden Maaßregeln und Möglichkeiten die Rede wäre, auch die Verfahrensart, welche man die öffentliche zu nennen pflegt, hier nicht ſichernder ſey, als die andre, bei der allerdings ſchon die Bezeichnung einer heimlichen, nach der Meinung Mancher, den Schein

3) Meine Beiträge zur Strafprozeß-Geſetzgebung. Neuſtadt a. d. D. 1841.

und mit ihm den Verdacht erweckt, als könne jegliches Unrecht im Verborgenen verübt werden. Man darf nie übersehen, daß auch dort die ganze Vorunterſuchung, welche die öffentliche, nur auf die unmittelbare Darlegung der Sache zum Zweck der Beurtheilung berechnete Verhandlung vorbereitet und die deshalb mehr umfaßt, als unſer ſ. g. General-Unterſuchung, die in ihrer Richtung gegen den in Anklageſtand Verſetzten vielmehr der ſ. g. Special-Unterſuchung vergleichbar iſt, ſtets auch geheim, oder nicht öffentlich iſt, und dieſes auch ſeyn muß, da das Gegentheil gar nicht möglich und ausführbar wäre. Was in dieſer Periode des Verfahrens auch bei dem Princip der darauf zu bauenden öffentlichen Verhandlung möglich und wirklich ſey, iſt oft und unwiderleglich dargethan worden [4]); das einheimiſche, jene, doch beſchränkte, Oeffentlichkeit entbehrende Verfahren darf hier eine Vergleichung nicht ſcheuen. Die Art, wie die Beweismittel geſammelt und verſchafft werden, wird durch dieſe Prozeßformen nicht bedingt und nicht verſchiedentlich beſtimmt. Der Unterſchied tritt dann erſt hervor, wenn die Rede davon iſt, welcher Gebrauch von dem Inhalte der Beweisgründe nicht für die Unterſuchung, ſondern für die Beurtheilung gemacht werde. Daß aber in dieſer Hinſicht ein Unterſchied überhaupt Statt finde, beruht auf etwas Anderm, auf dem Gegenſatze einer geſetzlichen Beweistheorie und der Entſcheidung der Thatfrage durch Geſchworne — ein Gegenſatz, der mit dem erſten zuvor erwähnten durchaus nicht in nothwendiger Verbindung ſteht, denn es kann Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ohne die Einrichtung der Jury, und das bisherige gemeinrechtliche und landesrechtliche deutſche Verfahren ohne eine Be-

4) Feuerbach Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege Th. II. S. 307. Bauer Strafprozeß §. 261. 262.

weistheorie und ſo gedacht werden, daß dem Richter die Function des Geſchwornen übertragen wäre, wie dann beides bekanntlich vorgeſchlagen worden iſt [5]). Wohl mag zugeſtanden werden, daß bei dem öffentlichen Verfahren eine mißbräuchliche oder verwerfliche Weiſe des Inſtructionsrichters, ſich den Beſitz der ſchriftlichen Beweiſe zu verſchaffen, bisher zur Sprache kommen, und daß die Scheu vor der Entdeckung und der Publicität als ein Abhaltungsgrund wirken könne: aber auch nicht mehr als dieſes. Es gebietet dann jedoch nicht minder die Billigkeit, zu bemerken, daß bei unſern Prozeſſen, wo die urtheilende, collegial eingerichtete Behörde eine von der unterſuchenden verſchiedene iſt, deren Pflichten zugleich auf die Beaufſichtigung und Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens des Unterſuchungsgerichts ſich erſtrecken, jede Widerrechtlichkeit und Ungeſetzlichkeit die verdiente Rüge nach ſich ziehen, und daß eine ſolche, wie die iſt, von der wir ſprechen, der Aufmerkſamkeit der Oberbehörde nicht entgehen werde, wenn man nicht, mit Vorurtheil an die Betrachtung gehend, annehmen will, daß dieſe Oberbehörde ſelbſt das Verwerfliche gut heißen, oder wohl gar gebieten oder veranlaſſen werde [6]). Es wäre denkbar, daß auch ſie hier einem Einfluſſe der höhern Verwaltungsbehörden unterläge, der die Rechtspflege in der ihr nach dem Begriff und der Verfaſſung nothwendig zuſtehenden Unabhängigkeit abweiſen muß; aber dieſer Punkt, auf den wir weiter unten zurückzukommen gedenken, berührt wieder nicht den Gegenſatz der Prozeßformen, und jener Einfluß einer andern Staatsgewalt iſt, wie die Erfahrung zeigt, auch bei dem uns fremden Verfahren nicht ausgeſchloſſen. Ja grade in dem Lande, deſſen Rechtseinrichtung und

5) Meine angef. Beiträge S. 82 f. 109 f. 129 f.

6) *Mittermaier* a. a. O. S. 453 f.

Prozeßformen vorzugsweise anempfohlen werden, und auf welches von den meisten Vertheidigern hingewiesen wird, wenn auch Einzelne erinnert haben, daß man bei den Erörterungen über die Tagesfragen nicht grade an Frankreich denken müsse [7]), ist die Nichtachtung des Briefgeheimnisses periodenweise am häufigsten vorgekommen. Man darf dieses bei einer unparteiischen Würdigung um so mehr sagen, als auch wieder grade von dort aus, wo die Frage über die Grenzen des Briefgeheimnisses und der Pflichten der öffentlichen Postbehörden zeigt, meines Wissens, zur öffentlichen Verhandlung gebracht worden ist, sich die gewichtigsten Stimmen gegen den Mißbrauch erhoben haben. Es scheint dieses und die geschichtliche Veranlassung, eine Maaßregel, die vielleicht früher hie und da und in einzelnen Fällen angewendet worden seyn mag, im Großen — wenn ich mich so ausdrücken darf — und als Princip anzuwenden und zu diesem Zweck zur Berathung zu bringen, vergessen zu seyn; wenigstens gedenken derselben die einzigen mir bekannten Abhandlungen über diesen Gegenstand [8]) nicht. Es wird schon um des allgemeinen Interesses willen erlaubt seyn, hierüber im Verfolg unserer Betrachtung Einiges mitzutheilen, was dem Rechtsgelehrten als solchem nicht überall aus den Quellen zugänglich ist.

Nur dann würde sich die Behauptung rechtfertigen, daß die eine Form, die des Anklageverfahrens, ein Mittel dieser Art gradezu ausschlösse und dessen Anwendung so gut wie unmöglich machte, während bei der andern, der des Untersuchungsverfahrens, dieses nicht der Fall und mindestens die Möglichkeit da wäre, zu thun, was der Rechtfertigung entbehrte, wenn es wirklich

7) Meine Beiträge S. 7.

8) S. Note 1.

noch einen Accusations-Prozeß im ursprünglichen, geschichtlichen Sinne gäbe. In diesem, z. B. dem römischen, ist es Sache der einander gegenüberstehenden Betheiligten, des Anklägers und des Angeklagten, ihre Angriffe und Vertheidigung durch Beibringung der geeigneten Beweismittel zu begründen, insbesondre hat der Ankläger, der keine Erleichterung seiner Obliegenheiten durch die amtliche Thätigkeit des Criminalgerichts (bestimmter durch den bei einer angeordneten quaestio vorsitzenden Prätor) und keine Begünstigung genießt, schon vor dem erst dadurch möglich zu machenden Beginn des Prozesses die Beweise, auf welche er die Anklage gründet und von denen er nachher in der öffentlichen Verhandlung Gebrauch macht — zu sammeln [9]). Die Herbeischaffung derselben war und blieb seine Sorge, so wie die Gefahr, der er sich unterzog, wenn ihm irgend ein Unrecht dabei zur Last fiel, die seinige [10]), wenn ihm auch die Hülfe des Staats in solchen Fällen nicht ganz entging, wo letzterer an der Verfolgung des Schuldigen ein besonderes Interesse hatte. Vergebens aber hat man neuerlich die Behauptung aufgestellt, daß der heutige s. g. accusatorische Prozeß noch immer auf jenen frühern wesentlichen Grundsätzen beruhe, die sogar dem Untersuchungs-Prozeß zu Grunde lägen, so daß eigentlich überall das Anklage-Princip sich geltend mache. Die Sache verhält sich grade umgekehrt: das Prineip der amtlichen Untersuchung und Verfolgung des Verbrechens und einer unmittelbaren Thätigkeit der hierzu berufenen Staatsgewalt für die Aufrechthaltung des Gesetzes und Handhabung der Gerechtigkeit behauptet sich jetzt nicht minder bei dem nur formell verschiedenen neuern

9) Man vergl. z. B. die verschiedenen Reden Cicero's gegen den Verres.

10) *L. 1 sq. D.* ad SCtum Turpillianum.

Anklageverfahren, wie bei dem Unterſuchungsverfahren im engern Sinn [11]). Jenes bietet daher nicht den Inhalt noch die Geſetze, wie früher, und es kann daraus allein nichts für unſern Gegenſtand gefolgert werden. Die im eigentlichen Sinn ſ. g. öffentliche Behörde (ministère public) und was mit ihr in Verbindung ſteht, iſt mit Befugniſſen ausgeſtattet, welche weit umfaſſender erſcheinen, als die dem deutſchen Inquirenten geſetzlich eingeräumte Gewalt.

Wir wollen indeſſen die Erörterung nicht zu weit von dem Gegenſtande ableiten, den ſie behandeln ſoll. Das bisher einleitend Bemerkte war nöthig, iſt aber auch hinreichend, um den wahren Geſichtspunkt aufzuſtellen, den man ſo häufig bei Seite geſetzt findet, in einer Zeit, wo die Fragen des Rechts, nach Partei-Anſichten und Tendenzen behandelt zu werden, ſich gefallen laſſen müſſen.

Haben wir alſo feſtgeſtellt, daß für die Frage, welche Mittel das Rechts- und Sittengeſetz geſtatte, um die erforderlichen Beweiſe zu erlangen, die Form des Verfahrens ohne Einfluß ſey, daß jedes rechtliche Verfahren, deſſen Zweck auch nur die Gerechtigkeit ſeyn ſoll, nur rechtliche Mittel gebieten und dulden dürfe, ſo wollen wir die Geſichtspunkte beleuchten, von welchen aus man verſucht hat, Maaßregeln zu rechtfertigen, deren Verwerflichkeit auch die Vertheidiger wohl gefühlt, und daher die Thatſache ſelbſt in Abrede geſtellt, und nur wo ſie nicht mehr verborgen gehalten werden konnte, eingeräumt haben. Man kann zur Ehre der Strafjuſtiz ſagen, ſie ſind bei ihr ſelten und nur ausnahmsweiſe vorgekommen: wo es der Fall war, da geſchah es nach der mehr politiſchen Rückſicht, die ſich bei gewiſſen ſ. g. politiſchen

11) Meine Beiträge S. 43. 46. Note 44. Meine kritiſchen Betrachtungen über den Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für das Königreich Württemberg S. 20 f.

Vergehen geltend zu machen sucht. Darin liegt keine Rechtfertigung; denn der Standpunkt und die Aufgabe der Justiz ist im Allgemeinen und insbesondre auch bei den Vergehen der eben genannten Art durchaus verschieden von dem der höhern und Sicherheits-Polizei. Die Theorie der s. g. *delicta excepta*, bei denen man gar manche Eigenthümlichkeiten und Abweichungen von den sonstigen Regeln eines ordentlichen Verfahrens aufgestellt hatte, ist längst in ihrer Unhaltbarkeit erkannt, und wenigstens von den Juristen aufgegeben worden; wenn bei Untersuchungen dieser Art das politische Element, dessen Berechtigung im Allgemeinen und mit gebührender Beschränkung rücksichtlich der Mittel zugestanden werden muß, seinen Einfluß behauptet hat, so geschah dieses neben dem rechtlichen, indem zugleich eine Gefahr abgewendet, einem drohenden und möglicherweise dauernden Schaden vorbeugend begegnet, und nicht blos das Geschehene, mit dem es die Rechtspflege allein zu thun hat, der gerechten Würdigung unterworfen werden sollte. Wenn auch bei letzterm der Nebenzweck der Sicherung und die Rücksicht auf die mittelbare Wirkung der Strafdrohung und Vollstreckung nicht geleugnet werden mag, so wird doch nach dem Princip der Gerechtigkeit dieselbe sich nie anders, als auf solcher Grundlage und so wie sie mit ihr vereinbar ist, sich äußern dürfen. Den Staat vor unmittelbarer Gefahr zu bewahren, etwas Künftiges, was dessen Wohl betrifft, als Ziel sich zu setzen und darauf hin nach dem Grundsatze der Zweckmäßigkeit und nach der verständigen Berücksichtigung des Verhältnisses von Mittel und Zweck zu arbeiten, ist vielmehr die Bestimmung der Rechtspflege, welche auch im Gebiete des Strafrechts keine andere ist, als die, dasjenige, was Veranlassung gegeben, das Richteramt im besondern Falle in Thätigkeit zu setzen, vollständig nach seinen der Vergangenheit angehörenden thatsächlichen Ver-

derſätzen aufzuklären, die ganze Begebenheit vor den Urtheilern gewiſſermaßen zu reproduciren, damit ſie richtig gewürdigt und gerecht unter das allgemeingeltende Geſetz geſtellt, damit alſo der Gerechtigkeit Genüge geleiſtet werde. Dieſe fordert aber nur, daß der Maaßſtab des Geſetzes an das Vergangene und Begangene — welches aber noch, obſchon in ſeiner innern Nichtigkeit, beſteht, — angelegt und ausgeſprochen werde, was hier Recht ſey, und wie dieſes Recht wieder in ſeine ausnahmsloſe Geltung eingeſetzt werden müſſe; nicht aber über dieſes Urtheil und deſſen Ausführung hinauszugehen und zu Ergreifung von Maaßregeln zu ſchreiten, die, und deren Zweck, der Rechtspflege fremd ſind und bleiben ſollen, und deren Berechtigung, wo ſie Statt findet, in einem andern Gebiete nachzuweiſen wäre und ſich zu bethätigen hätte.

Betrachten wir alſo zuvörderſt den politiſchen Standpunkt für ſich, danach den rechtlichen, mit Berückſichtigung der Frage, wieweit dem erſten ein Einfluß auf den letzten eingeräumt werden dürfe?

Was hier als politiſches Intereſſe im weitern Sinn bezeichnet wird, ſoll durch die Behörden wahrgenommen werden, denen die Verwaltung der höhern Polizei obliegt. Es iſt hier bei der Mannichfaltigkeit der Verhältniſſe und Gegenſtände weder für den Inhalt, noch für die Form des Verfahrens eine ſo feſte Beſtimmung durch Geſetze ſtatthaft, wie ſie für das Rechtsgebiet in engerer Bedeutung möglich und eben darum nothwendig iſt, und zu allen Zeiten bei gebildeten Völkern Statt gefunden hat. Da es ſich um ein zu erreichendes Ziel handelt, ſo kommt es auf die Wahl des geeigneten Mittels an, wobei ein Fehler leicht große Nachtheile und eine ſchwere Verantwortlichkeit der Beamten herbeiführen kann. Allein ſo wie das letzte Ziel, zu welchem ſich jenes zu erreichende nächſte, ſelbſt nur als Mittel verhält, immer nur

das Wohl des Staates iſt, von welchem auf dem ſittlichen Standpunkte das Recht und die Sitte nicht getrennt werden können, ſo ergiebt ſich unzweifelhaft, daß für den ſittlichen und rechtlichen Zweck — denn nur dieſer iſt der wahrhaft politiſche — keine andern Mittel gebraucht werden dürfen, als welche ſelbſt durch Recht und Sitte gebilligt werden. Das hierin enthaltene allgemeine Gebot fordert für die Anwendung eine nähere Prüfung des Mittels. Man ſpricht hier von Colliſionsfällen, von einem höchſten Intereſſe, dem alle anderen Rückſichten untergeordnet ſeyn müßten, daß demnach auch das Recht des Geheimniſſes [12]) nicht als unbedingt höchſtes gelten dürfe. Den allgemeinen Grundſatz der Nothwendigkeit eines Höhern, ſelbſt Allgemeinern, dem das außerdem in und mit dieſem zu ſchützenden Beſondern, im Fall es die Erhaltung jenes erſten gebietet, nachgeſetzt werden müſſe, kann man anerkennen, wenn er richtig beſtimmt wird. Immer aber würde der Beweis der Colliſion geführt und dann gefragt werden müſſen: was dem Allgemeinen gegenüber das untergeordnete Beſondere ſey? Das individuelle Geheimniß? — Wir wollen auch dieſes einen Augenblick zugeſtehen! Aber auch das darin enthaltene Allgemeine, das Recht, welches mehr iſt, als die blos beſondere Berechtigung? Auch die Sitte, die gewahrt werden ſoll?

12) Allerdings kann dieſes für ſich nicht die höchſte Geltung haben, wo ſelbſt die Freiheit der Perſon und das Leben ſie nicht zu behaupten vermögen. Geheimniß iſt etwas Abſtraktes, Formelles, und würde aufhören ein ſolches zu ſeyn, wenn man den Inhalt wüßte. Ob dieſer ein Recht habe, ſich zu behaupten, muß und kann nach ihm ſelbſt beurtheilt werden. Aber die Forſchung, nicht nach dem Inhalte des Geheimniſſes, der, wenn er Unrecht iſt, keine Ausnahme macht von andern Gegenſtänden offener rechtlicher Unterſuchung, iſt etwas Anderes, als die gefährliche Forſchung darüber, ob es ein Geheimniß gebe und ob möglicherweiſe dadurch erſt die Gelegenheit geboten werde, in irgend einen Inhalt einzudringen.

Man beruft sich vielleicht auf das Recht des Staats, in solchen und oft weniger dringenden Fällen die Offenbarung des Geheimnisses durch Erklärung der über die Sache zu vernehmenden Personen zu fordern, wo selbst dem Beichtsiegel eine Grenze gezogen werden soll, wiewohl dieser zarte Punkt bestritten ist, und verschiedentlich beantwortet wird [13]).

Allein man vergesse nicht, daß hiebei eine Vermittelung Statt findet, die durch den Willen dessen sich erklärt, dem dieses zu thun zugemuthet wird: dieser Eigenschaft, daß die Mittheilung von dem Willen dessen ausgehe, der sie macht und auch faktisch verweigern könnte, — denn welchen Zwang gäbe es, und welches Mittel, zu verhindern, daß nicht dennoch etwas zurückgehalten oder entstellt angegeben werde, wogegen ja selbst der Eid nicht eine letzte Bürgschaft, sondern nur eine auf Vertrauen gegründete Vermuthung darbietet, vorausgesetzt, daß man es überall mit Personen zu thun habe, die man eidlich zu vernehmen berechtigt ist? Diese doch immer vorhandene Vermittelung durch den fremden, also in seinem Rechte anerkannten Willen wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Anforderung von einer Ueberlegenheit gemacht wird, der sich Mancher nicht entziehen zu können, oder zu dürfen glaubt. Selbst der Zwang, wo er sich als s. g. psychologischer äußert, läßt dem Willen noch Raum [14]). Und die Gesetzgebung erkennt dieses Recht des Geheimnisses an, wie denn namentlich das Preußische Recht in dieser Hinsicht schonende Bestimmungen aufstellt, denen zufolge unter Umständen, wo Jemand durch seine Aussage ein Geheimniß seiner Kunst, seines Gewerbes ꝛc. zu seinem

13) Vgl. z. B. Preuß. G. O. I. 10. §. 180. Nr 1. A. L. R. II. 11. §. 80—82. Crim. O. §. 313. Nr. 1. 2.

14) *L.* 21. §. 5. D. Quod metus causa: „quamvis si liberum fuisset, noluissem, tamen coactus volui."

Nachtheil offenbaren müßte, es ihm geſtattet iſt, die Vernehmung abzulehnen [15]), woraus man wohl analog weiter ſchließen darf. Jene Beſtimmung mag wohl zugleich durch die Rückſicht motivirt ſeyn, daß eine Ausſage, unter den erwähnten Bedingungen, nicht überall glaubwürdig ſey, daß man den, der ein Intereſſe hat, nichts zu offenbaren, nicht in die Verlegenheit ſetzen ſolle, unwahr auszuſagen, und wohl gar die Eidespflicht zu verletzen, — ſie iſt aber ſchon durch ſittliche Rückſichten geboten: allein ſie gründet ſich nicht minder auf eine Schonung und Achtung des Rechts, und alles dies vereinigt ſich in dem ſittlichen Princip, welches durch das ganze Recht und deſſen Anwendung gehen ſoll.

Indeſſen wird jenes Recht ſeine Schranken haben; es wird ohne Zweifel, zumal in wirklichen äußerſten Fällen, gefordert werden dürfen, daß eine Mittheilung, die der Staat mit Grund beanſprucht, nicht vorenthalten werde [16]): aber wie gänzlich verſchieden von dieſer Forderung an die Perſon, deren Art und Bedeutung wir ſo eben geſchildert haben, iſt die Verletzung des Briefgeheimniſſes, von der wir ſprechen, welche ohne Wiſſen und Willen der Betheiligten verfügt, zugleich die Eigenſchaft einer Gewaltthätigkeit und einer Liſt, eines Bruches des Vertrauens, in ſich vereinigt?

Einer Gewaltthätigkeit — denn das Siegel, der Verſchluß wird von denen geöffnet, die dazu nicht durch den Willen des Schreibenden und Abſenders berechtigt und ermächtigt ſind; es wird eingedrungen in das Geheimniß, in die Gedankenmittheilung, die auf eine entgegengeſetzte Vorausſetzung gegründet iſt. Einer Liſt, —

15) Preuß. G. O. I. 10. §. 180. Nr. 5. Crim. O. §. 313. Nr. 3.

16) S. d. vor. Note. Preuß. E. O. I. 10. §. 181. Crim. O. §. 314.

denn jene Gewalt wird nicht offen geübt, sondern heimlich [17]); es wird ein Vertrauen verletzt, auf das die öffentliche Postbehörde um so mehr Anspruch macht, welches sie gewähren und dessen heiligste Achtung diese von den Staatsgewalten und Behörden selbst verlangen muß, als die Postgesetze der meisten Staaten eine Nöthigung aussprechen, die Briefe durch die Post gehen zu lassen, und eine andre Art der Versendung, wenigstens versiegelte Schreiben, untersagen, ja sogar mit fiskalischen Strafen bedrohen und ahnden. Und sollte selbst zum angeblich guten Zwecke der Staat sich erlauben, was er, wenn es Individuen thun, die nicht einmal jene besondre Gewährleistung der Achtung des Postgeheimnisses gegeben haben, als eine betrügliche Handlung neben andern in den Strafgesetzbüchern bezeichnet? [18])

Es ist viel darüber in neuerer Zeit gestritten worden: ob die Postverwaltung nothwendig vom Staate ausgehen müsse, und ob sie als ein nutzbares Regal zu behandeln sey? Die meisten Stimmen verneinen das letztere; über das erstere sind die Ansichten getheilt. Es könnte dieses für unsere Frage gleichgültig erscheinen, — die höhere Behörde, welche die Post zur Auslieferung von Briefen nöthigt, könnte dies auch im Verhältniß zu den Privatunternehmern thun. Indessen waltet doch ein Unterschied ob, dort tritt mehr das Dienstverhältniß, die Abhängigkeit der vom Staate Angestellten, die Ansicht einer Einheit aller Staatsbehörden in den letzten Zweck des Staats-Interesses hervor, hier hingegen das rechtliche Verhältniß der in

17) Vgl. L. 1. §. 5. D. de lege Cornel. de fals. L. 38. §. 7. D. de poenis. L. 41. 42. D. ad leg. Aquil. L. 1. §. 38. D. deposit.

18) S. z. B. Allg. L. R. für die preuß. Staaten, Th. II. Tit. 20. §. 1370. Hierauf bezieht sich die kleine Abhandlung von *Chr.* L. Paalzow, de resignatione aliarum epistolarum, in s. Observv. ad jus Borussic. Fasc. III. Obs. 35. p. 57.

ihrem Rechtskreiſe unabhängigen Perſonen, welches in der Regel ein ſo unmittelbares Eingreifen auch faktiſch unnöthig machen oder erſchweren würde, ſo daß die Sache mehr auf den Geſichtspunkt der Auslieferung von Urkunden zurückzuführen wäre, wenn und ſo weit überhaupt derſelbe hier als begründet nachgewieſen zu werden vermöchte.

Offenbar iſt aber jene leichtere Ausführbarkeit auch eine Begünſtigung derſelben, jene unmittelbar vorhandene Möglichkeit auch eine Verſuchung ſie zur Wirklichkeit werden zu laſſen. Ja man bemüht ſich, immer von jenen Colliſionsfällen, die man vor ſich hat, oder zu haben glaubt, ausgehend, das, was ſolchergeſtalt geſchieht, als eine Pflicht und durch die Umſtände gebotene Nothwendigkeit darzuſtellen. Soll der Staat, fragt man, bei einer ihm drohenden Gefahr, durch ſeine Anſtalten, durch die von ihm ausgehende Beförderung und Erleichterung des Verfahrens, ſelbſt ſeinen Gegnern die Mittel ihm zu ſchaden darbieten, ſoll er ihnen die Möglichkeit erleichtern und ſogar herbeiführen, ihre gefährlichen Pläne zur vollen Reife gedeihen zu laſſen, ſie bis zu einer Verwirklichung zu bringen, welcher nicht zu rechter Zeit entgegengetreten zu ſeyn nicht gerechtfertigt werden könnte?

Dies zugegeben, wenn die Gewißheit oder hinreichende Wahrſcheinlichkeit der Vorausſetzungen vorhanden wäre, ſo würde daraus zunächſt nur folgen, daß der Staat ſeine Vermittelung und Hülfe denen verſagt, die als Ablieferer und Empfänger der den Poſtanſtalten anvertrauten Briefe ihm verdächtig oder mehr als dieſes wären. Allein die Unausführbarkeit einer ſolchen Verweigerung bietet einen weitern Einwand dar. Der Ablieferer kann und wird häufig unbekannt ſeyn, am unzweifelhafteſten dann, wenn eine ſtaatsgefährliche Correſpondenz geführt wird; auch iſt er nicht ſtets der Briefſteller, der ſich grade in ſolchen Fällen einer Mittelsperſon bedienen würde: eben ſo

iſt der Adreſſat möglicherweiſe eine andre Perſon, als die, an welche der Brief gerichtet wird; man ſucht, um Verdacht zu vermeiden, alle die Auswege, zu denen ein großer Verkehr die Gelegenheit bietet. Wenn aber dieſer Schlauheit durch eine gleiche begegnet werden ſoll, ſo giebt uns dieſes vielmehr einen neuen Gegengrund zur Beſeitigung jenes Einwandes an die Hand: wir fragen, wo iſt dann die Grenze; wird nicht die Maaßregel, die an ſich nicht zu billigen, doch mit einigem Schein der Rechtfertigung durch eine Art von Nothſtand im Verhältniß zu beſtimmten Individuen bedingt ſeyn ſoll, in einem Umfange ausgeübt werden müſſen, deſſen Grenze gar nicht zu beſtimmen wäre, oder wo durch eine alsdann auch nur willkührliche Grenze eben ſowohl das vorgeſetzte Ziel verfehlt werden könnte, als die ſcheinbare Rechtfertigung verloren ginge, die nur darin beſtände, jedes durch die Noth gebotene Mittel, und dieſes ſo vollſtändig und in der Ausdehnung zu gebrauchen, wie es nur immer möglich iſt, um nichts unverſäumt gelaſſen zu haben, was zur Abwendung einer dringenden Gefahr zu dienen vermöchte? So würde alles Vertrauen, das Band ſittlichen und rechtlichen Beſtehens gelöſet, das Heiligthum der Familien und der Bürger verletzt, und dem abzuwendenden möglichen Uebel ein in ſeinen Folgen überwiegendes, wirkliches entgegengeſtellt! [18 b])

Könnte man ſich entſchließen, das in ſeiner Conſequenz gelten zu laſſen, was im Princip beſteht, ſo würden

---

18 b) Vgl. Cic. Philipp. II. Cap. 4. pr. „At etiam literas, quas me sibi misisse diceret, recitavit, homo et humanitatis expers, et vitae communis ignarus. Quis enim unquam, qui paullum modo bonorum consuetudinem nosset, literas ad se ab amico missas, offensione aliqua interposita, in modum protulit, palamque recitavit? quid est aliud, tollere e vita societatem, quam tollere amicorum colloquia absentium? quam multa joca solent esse in epistolis, quae prolata si sint, inepta videantur? quam multa seria, neque tamen ullo modo divulganda?"

alle Verlegenheiten und Verletzungen wegfallen. Was als Geheimniß Jemanden anvertraut ist, und dies gilt nicht blos von der Beichte, das ist für eine mögliche Mittheilung gar nicht vorhanden, eben so wie eine Deposition, von dem der Depositor einen Gebrauch zu machen nicht berechtigt ist, für denselben, wie es rechtlich kein Gegenstand der beliebigen Verfügung ist, auch factisch als nicht vorhanden angesehen werden sollte. Wie viel Unheil würde vermieden werden, wenn man den Muth hätte, die Folgerung aus jenem Grundsatze unbedingt und nicht blos als Regel, sondern auch, und grade in den Fällen anzuerkennen, die eine Ausnahme zu rechtfertigen scheinen. Da tritt aber die Wirklichkeit der Sinnenwelt ein: man fühlt sich in der Macht, von einer factischen Möglichkeit Gebrauch zu machen, und kommt zu der Erwägung, jenes Nichtvorhandenseyn sey doch nichts anders, als eine Fiction, der verschlossene Brief ist Geheimniß, oder enthält ein solches, so lange man es achten will; man hat die Gelegenheit sich die Kenntniß zu verschaffen, und glaubt sich den Vorwurf einer falschen und am unrechten Orte angebrachten Scheu und Schonung zuzuziehen, wenn man dieselbe unbenutzt lassen, ja wohl das arge Verderben befördern wollte.

Und es muß eingeräumt werden, daß auch hierin etwas Wahres liegt. Vielleicht gelingt es zu ermitteln, was hier vor dem Richter erlaubt, nicht blos durch die Klugheit geboten ist. Man betrachtet das Verhältniß als das des Kriegszustandes, in welchem allerdings — inter arma silent leges — Feindseligkeiten mannichfacher Art, gegenseitige Nichtanerkennung der Rechte der kriegführenden Theile erlaubt und völkerrechtlich gestattet sind, obschon auch hier unter der höhern Autorität der Sitte, und so daß ein Princip der Anerkennung herrscht, welche die Staaten auch im Kriege einander zu Theil werden

laſſen, weshalb auch nur unter ſolchen Kriege im wahrhaften Sinne möglich ſind. Hier wird das Auffangen und Zurückhalten der Briefe, Depeſchen als erlaubt angeſehen und in der That durch die Natur des Verhältniſſes, durch die Pflicht der Selbſterhaltung geboten und gerechtfertigt.

Aber kann das Verhältniß des Staats zu ſeinen Unterthanen wirklich, ſelbſt wo der Verdacht politiſcher Verbrechen obwaltet, als ein ſolcher Kriegs- und Gewaltzuſtand betrachtet und das Princip der Gerechtigkeit, deſſen Form doch noch das Verfahren von Seiten der zur Rechtspflege beſtimmten Anſtalten beobachtet, ſo leicht bei Seite geſetzt werden?

Man mag über den Gegenſtand, ſofern er unter den Geſichtspunkt des Kriegs geſtellt wird, denken wie man wolle, nur wird man dieſen ausnahmsweiſen, vorübergehenden Zuſtand weder ſelbſt für den rechtlichen halten oder an deſſen Stelle ſetzen, noch ihm einen ſolchen Einfluß auf das Recht und die Rechtspflege zugeſtehen, um von dieſem aus jene Fragen zu beantworten, für deren Löſung die Gerechtigkeit ein unzweifelhaftes Princip iſt[19]).

19) Es iſt hier der Ort, eine Stelle anzuführen, auf die ſchon oben hingedeutet wurde. Ich thue es ohne weitere Bemerkungen und ohne ihr an ſich ein größeres Gewicht beizulegen, denn ihr Inhalt wird jetzt wohl übereinſtimmend ohne Rückſicht auf den Unterſchied der politiſchen Glaubensbekenntniſſe zugegeben, und der Redner in der franzöſiſchen Nationalverſammlung hatte ſich eben ſo unter dem ancien régime erklärt; d. h. keine Zeit und keine Art rechtlicher Verfaſſung duldet das Unrecht, und jeder kann in die Verſuchung des Gegentheils gerathen. „Am 25. Juli 1789 verlangte ein Deputirter bei Gelegenheit von Depeſchen des Grafen von Artois, die man einem ſeiner Correſpondenten (Herrn von Caſtelnau, franzöſiſchem Miniſter in Genf) abgenommen hatte: „„daß alle ſeit den Unruhen in Paris oder in den Provinzen aufgefangenen Briefe in einen ſichern Verwahrſam genommen und der Nationalverſammlung, wenn ſie es für dienlich erachtet, vorgelegt werden ſollten.““ Mirabeau erhob ſich gegen dieſen Antrag, indem er auf der Tribune dieſelben Grundſätze über die Unverletzbarkeit der Briefe pre-

Indem wir nun die Maaßregel an ſich als mit den Grundſätzen der Gerechtigkeit nicht vereinbar bezeichnen,

---

clamirte, die er zu gleicher Zeit zur Vertheidigung ſeiner eignen, als der öffentlichen Sache ſtets in ſeinen Schriften behauptet hatte. Mehrere Deputirte beſtanden indeß darauf, und behaupteten, daß zwiſchen der Nation und ihren Feinden ein Kriegszuſtand Statt fände, und daß es daher erlaubt ſey, alle durch ihren Urſprung und ihre Beſtimmung verdächtigen Briefe aufzufangen und zu öffnen. Mirabeau ſagte unter anderm: „„Mögen dieſe gemeinen Politiker, welche der Gerechtigkeit das vorhergehen laſſen, was ſie in ihren beſchränkten Combinationen öffentliche Sicherheit nennen, mögen dieſe Politiker ſagen, welches Intereſſe dieſer Nationalverletzung einen Anſtrich geben kann. Was werden wir durch die ſchimpfliche Unterſuchung der Briefe erfahren? Glaubt man, daß die Complotte durch die gewöhnlichen Poſten circuliren? Glaubt man ſelbſt, daß die politiſchen Nachrichten von einiger Bedeutſamkeit auf dieſem Wege kommen? Welche große Ambaſſade, welcher mit einer bedenklichen Sendung beauftragte Mann correſpondirt nicht direkt und weiß nicht den Kundſchaftern der Briefpoſt zu entgehen? Ganz nutzlos würde man alſo das Geheimniß der Familien, den Umgang der Abweſenden, die vertraulichen Mittheilungen der Freundſchaft, das Vertrauen zwiſchen den Menſchen verletzen. Ein ſo ſtrafbares Verfahren würde nicht einmal eine Entſchuldigung haben, und man würde ſagen: In Frankreich beraubt man, unter dem Vorwande der öffentlichen Sicherheit, die Bürger jedes Eigenthumes in Hinſicht der Briefe, welche das Erzeugniß des Herzens und der Schatz des Vertrauens ſind: dieſes letzte Aſyl der Freiheit iſt ſogar von denen, welche die Nation zur Sicherung ihrer Rechte auserſehen hatte, ungeſtraft verletzt worden; ſie haben durch die That entſchieden, daß die geheimſten Mittheilungen der Seele, die gewagteſten Conjecturen des Geiſtes, die Aufwallungen eines oft ſchlecht gegründeten Zornes, die oft einen Augenblick nachher wieder gut gemachten Irrthümer, in Ausſagen gegen die Dritten umgeformt werden konnten; daß der Bürger, der Sohn, der Vater, der Freund alſo Richter über einander werden würden, ohne zu wiſſen, daß ſie einſt der Eine durch den Andern werden umkommen können: denn die Nationalverſammlung hat erklärt, daß ſie aufgefangene Mittheilungen, die man ſich nur durch ein Verbrechen wird verſchafft haben können, zur Baſis ihrer Urtheile dienen laſſen würde.““ Die Verſammlung ging zur Tagesordnung über.“ „Es iſt zu bemerken (heißt es in der Note), daß blos durch das Decret vom 10. Juli 1791 die Unverletzlichkeit der Briefe vorgeſchrieben wurde: ein Princip, das die Verſammlung übrigens, obgleich auf *eine weniger* ſolenne Weiſe, ſchon durch die Decrete vom

laſſen wir da, wo ſie nicht von der Strafgerichtsbarkeit ausgeht, wo ſie als durch Rückſichten der Sicherheit geboten behauptet wird, die Rechtfertigung derer über, die ſie zu verantworten haben. Mit der Rechtspflege kommt ſie hier entweder gar nicht in Beziehung, oder nur in ſofern, als ſie, wenn ſie mit dem erwarteten Erfolge angewendet worden war, die Veranlaſſung zu einer Criminalunterſuchung werden und urkundliche Beweiſe darbieten kann, wobei dann die von der Juſtiz zu entſcheidende Frage nicht iſt, ob es recht war, dieſelbe zu gebrauchen — obſchon dieſes, wenn eine Beſchwerde gegen einen verantwortlichen Beamten im Wege Rechtens geführt würde, einen beſondern Prozeß, oder ein Incidentverfahren veranlaſſen könnte — ſondern in wiefern dieſe, nun einmal vorhandenen Beweiſe für die Feſtſtellung der Schuld, der Thäterſchaft oder Theilnahme des Thatbeſtandes ꝛc. erheblich ſeyen, wo dann auch, wie oben erinnert, allerdings die Gegenſätze einer geſetzlichen Beweistheorie und der Geſchwornen-Verdikte einen Einfluß äußern könnten. Man darf nicht ſo obenhin behaupten, daß nach erſtern dergleichen Beweiſe unbedingt (d. h. jedoch immer nur nach den feſtſtehenden Regeln über den Urkundenbeweis überhaupt) angenommen, bei letztern unberückſichtigt gelaſſen werden würden: nur ſo viel läßt ſich ſagen, daß, da die Geſchwornen an keine geſetzlichen Vorſchriften gebunden ſind und keine Rechenſchaft abzulegen haben, es ihrem ge-

---

10. u. 29. Auguſt anerkannt hatte." Memoiren Mirabeau's. Aus dem Franzöſiſchen von Dr. Le Petit und Andern. Siebenter Band. Quedlinb. u. Leipzig 1838. S. 95. In dem Project des Ausſchuſſes, über die Erklärung der Menſchenrechte, deſſen Berichterſtatter Mirabeau war, heißt es: „Freiheit der Rede, der Schrift, der Preſſe, unbeſchadet der Rechte der Dritten, Unverletzlichkeit der Briefe" a. a. O. S. 132. Indeſſen iſt bekannt, daß ſpäter grade in Frankreich das Briefe-Oeffnen nach Art und Umfang mit einer Virtuoſität betrieben wurde, die ihres Gleichen nicht hatte.

wiſſenhaften Ermeſſen, hier wie in allen andern Fällen, anheimgeſtellt bleibt, wie viel oder wenig Gewicht ſie auf dieſe ſo erlangten Beweiſe legen wollen, ſo daß es alſo möglich iſt, entweder ſie, wie ſie auch erlangt ſeyen, nur nach dem Ergebniß zu würdigen, oder nach Umſtänden wegen der Weiſe der Erlangung, wenn ihnen dieſelbe bekannt wäre, zu verwerfen. Dies iſt hier nicht weiter zu erörtern, wo zunächſt davon die Rede ſeyn ſoll, welche Maaßregeln ein gerechtes Strafverfahren zulaſſe [20]).

Die Thätigkeit des Unterſuchungs- oder Inſtructions-Richters beginnt erſt, wo mindeſtens gegründeter Verdacht eines Verbrechens obwaltet, wegen deſſen Jemand in den Anſchuldigungs- oder Anklageſtand verſetzt werden könnte, wenn der Verdacht nicht entfernt wird. Hier hat ſchon Mittermaier erinnert, daß bei dieſem Falle, der den Gegenſatz zu den andern macht, wo der Anſchuldigungsſtand (oder die Specialunterſuchung) verfügt iſt, zu unterſcheiden ſey, ob der Inculpat auf freiem Fuße ſich befinde, oder verhaftet ſey. Letzteres wird bei ſchweren Verbrechen ſtets auch in dieſer zweiten Periode des Verfahrens der Fall ſeyn.

Wo der Verdächtige frei iſt, folglich auch in ſeinem Verkehr mit andern Perſonen ungehemmt, da läßt ſich im Allgemeinen kein Grund angeben, deſſen ſchriftlichen Verkehr für bedenklich, als den unmittelbar perſönlichen zu halten, welcher letztere unter andern Vorausſetzungen auch nicht geſtattet werden dürfte. Indeſſen müſſen hier doch die beſondern Umſtände berückſichtigt werden, die Natur des Verbrechens, die perſönlichen Verhältniſſe, ob

20) Daß eine ſolche, überhaupt eine wirkliche Criminal-Unterſuchung gegen den Inculpaten eingeleitet ſeyn müſſe, ſetzt eine Badiſche Verordnung vom 30. Mai 1822 feſt, wenn ein gerechter Anlaß zur Brieferöffnung begründet ſeyn ſoll. S. v. Jagemann a. a. O. S. 121. Note a.

z. B. der Inculpat ein Fremder, am Gerichtsorte nicht Ansässiger, oder zwar dieses, aber in vielfachem Verkehr Stehender, und zugleich die Wahrscheinlichkeit sey, daß seine Correspondenz in irgend einem Zusammenhang mit dem Verbrechen stehe, oder ob insbesondre der Verdacht eines Verbrechens vorliege, welches noch fortgesetzt oder wiederholt werden und weitern Schaden verursachen kann, indem in solchem Falle unzweifelhaft auch der Untersuchungsbehörde Pflichten obliegen, die sonst die Präventiv-Polizei angehen und deren Vermittelung wenigstens bewirkt werden muß, wo für die gerichtliche Thätigkeit eine Grenze sich ergiebt. Man empfiehlt hier eine Ueberwachung der Correspondenz, ohne jedoch die von dem Verdächtigen zur Post abgelieferten, oder an ihn durch dieselbe abzuliefernden Briefe zu unterschlagen und zu erbrechen, indem dadurch, wenn eine Veranlassung eintritt, nur die Möglichkeit der Hausſuchung bedingt wird, welche der Richter unmittelbar oder mittelst Requisition des Gerichts des Aufenthalts des Adressaten bewirkt, um sich dann die von diesem bereits eröffneten Briefe als Beweisurkunden zu verschaffen. In manchen Fällen mag dieses zum Ziele führen; doch verhehlen wir nicht, daß hier, wie in dem Falle, wo bei andern Personen, namentlich „der Familie des Inculpaten“ [21]), die Hausſuchung erfolgen soll, die Schwierigkeit nicht gehoben, sondern nur in ein anderes Gebiet übertragen wird. Denn es ist eine nicht minder delikate Frage, wann und wieweit, und gegen wen, die Hausſuchung und Durchsicht der Papiere rechtlich begründet sey. Das Heiligthum der brieflichen Mittheilung

21) Mittermaier nennt hier, wohl nur ungenau, S. 459 u. 460. den Verdächtigen einen Inquiſiten; das ist er aber, als solcher und während dieser ersten Periode, weder nach dem Sprachgebrauche der Praxis, noch auch in allgemeiner Bedeutung.

und das Geheimniß beruht nicht blos in dem Siegel, ſo daß es ſein Recht verlöre, wenn dieſes einmal von dem Adreſſaten gelöſet iſt: es liegt in dem Inhalt der Mittheilung, der auch ohne die Vorausſetzung eines Verbrechens, wie die tägliche Erfahrung eines Jeden lehrt, möglicherweiſe von der Art iſt, nur für die Correſpondirenden beſtimmt zu ſeyn. Nicht, als ob ich eben deshalb auf das Siegel weniger Werth legen und den verſiegelten Brief gleich der entſiegelten Schrift behandelt wiſſen wollte; ich betrachte das Siegel wie das Schloß eines Behältniſſes: ſondern ich will auch dem nur für den Eigenthümer [22]) offenen Briefe ſeine rechtliche Bedeutung eben ſo geltend machen, wie etwa für das von demſelben aufgeſchloſſene Behältniß, welches deshalb allein noch nicht Gegenſtand beliebiger Unterſuchung Anderer iſt. Die Verſicherung, daß der Inquirent, welcher „Hausſuchung bei dem Inquiſiten veranſtalte, dann die Briefe erhalten werde" [23]), wird ſich häufig und grade dann am meiſten als eine grundloſe ergeben, wenn der Verdächtige wirklich ſchuldig iſt, oder ſonſt ein Intereſſe hat, die Briefe nicht in fremde Hände kommen zu laſſen, die er, um ſolcher Möglichkeit zu begegnen, vernichten oder auf die Seite ſchaffen wird. Eher mag es zuweilen gelingen, „durch die Hausſuchung nähere Spuren" zu erhalten, die ſich dann auch nicht nothwendig auf die fraglichen Briefe beſchränken, ſondern auf Alles, was möglicherweiſe dadurch, wenigſtens als Grundlage von Indicien, hergeſtellt werden kann. Auch ſoll der Inquirent, wenn der Verdächtige ſich nicht am Gerichtsorte befindet, jedoch dieſes ſchon in ſo hohem Grade iſt, „daß gegen ihn

22) Vgl. W. Sell über den Erwerb des Eigenthumes von Briefen, im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. XXI. S. 130 f.

23) Mittermaier a. a. O. S. 459. B. 2. b.

die Special-Inquisition erkannt werden könnte, jede Communication zwischen dem Inquisiten und seiner Familie[24]) unterbrechen, und auf die Briefe Beschlag legen" dürfen. Was mit diesen geschehen solle, wird nicht angegeben, doch scheint die Meinung zu seyn, daß auch hierauf gehe, was weiter bei einer andern Kategorie bemerkt ist (B. 3. b.), daß „der kluge Inquirent die Umstände zu benutzen wissen werde, ohne daß er die Briefe zu erbrechen nöthig hat."

Ist der Verdächtige wirklich in den Stand der Anschuldigung versetzt, und insbesondre gefänglicher Haft unterworfen, so sind zwar im Allgemeinen strengere Maaßregeln gerechtfertigt, da, vorausgesetzt daß die Verhängung der Specialuntersuchung nicht anders, als nach gehöriger und nach gewissenhafter Begründung ihrer Nothwendigkeit erfolgt sey, die Möglichkeit der völligen Unschuld entfernter ist. Allein mit dieser unbestimmten Regel reichen wir so wenig aus, als mit der nothwendigen Begrenzung derselben, daß nur der Zwang gerechtfertigt sey, der an sich und überhaupt zulässig, in einem gegebenen Falle durch die Unanwendbarkeit, oder die bereits durch den Erfolg erwiesene Vergeblichkeit einer gelindern Maaßregel bedingt erscheint[25]). Die Regel bleibt richtig, aber ihre Anwendung erfordert eine Reihe von Erwägungen, die nur mit genauer Berücksichtigung des be-

---

24) Warum mit dieser, und nur mit dieser, und nicht auch mit andern Personen? Es ist möglich, daß die Familie, aber nicht minder, daß auch Andere bei der Correspondenz, deren Inhalt auf das Verbrechen sich bezieht, betheiligt seyen; aber so, daß grade der Familie die Sache fremd bleibe. Von der aus andern Gründen zu hemmenden Communication eines Verhafteten mit der Familie, welche, ohne sein Verbrechen gewußt oder gebilligt zu haben, ihm doch jetzt Mittel verschaffen könnte, sich der Untersuchung zu entziehen oder sie zu erschweren, ist hier nicht die Rede. Vgl. P. G. O. Art. 206. und mein Lehrbuch des Crim. Prozesses §. 86.

25) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 77.

sondern Falles gehörig angestellt werden könne. Es versteht sich, daß der Verhaftete, dem jeder Verkehr mit andern Personen, sofern nicht der Inquirent es ausnahmsweise bewilligt, wo er es darf, versagt ist, auch nicht schriftlich mit Andern einen Verkehr unterhalten dürfe, es ist also unzweifelhaft, daß auch sein Briefwechsel von jetzt an streng überwacht werden müsse. Hierin liegt nichts Unrechtes; und die Maaßregel, um eine Correspondenz zu verhindern, die für die Untersuchung störend seyn würde, ist nicht blos durch die Klugheit geboten. Man wird nicht verkennen, daß hier ein von dem vorigen wesentlich verschiedenes Verhältniß obwaltet. Dort, wo der Verdächtige seine Freiheit genoß, begeht er jedenfalls durch die Correspondenz an sich (d. h. ohne Rücksicht auf deren Inhalt) kein Unrecht, und die bloße Möglichkeit einer Gefahr kann nicht Maaßregeln rechtfertigen, die in die Freiheit eingreifen. Ohnehin ist es etwas anderes, bei der mindestens dringenden Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Verbrechens und der Thäterschaft, ohne welche die Specialuntersuchung nicht Statt finden sollte, Beweise zu suchen, als erst eine solche Wahrscheinlichkeit auf den Grund entfernten Verdachts sich zu verschaffen, um erst dadurch zu versuchen, ob sich ein weiterer Verdacht ergeben werde [26]).

---

26) Bei der s. g. Haussuchung muß der Verdacht eines gewissen Verbrechens oder der Urheberschaft ꝛc. vorhanden seyn: man sucht z. B. gestohlne oder geraubte Sachen, die Waffen oder sinnliche Spuren bei einer Körperverletzung oder Tödtung, die Spuren von Gift ꝛc., aber man sucht nicht auf's Gerathewohl, um erst irgend etwas Verdächtiges zu finden. Der Ausdruck Haussuchung ist übrigens zu vage: doch mag er insofern beibehalten werden (der neue K. Sächsische Entwurf der Criminal-Prozeßordnung gebraucht „Aussuchung" §. 99. 100.), als für die Haussuchung in der wörtlichen Bedeutung bestimmte Voraussetzungen gelten müssen, damit kein Mißbrauch Statt finde, wie sich dann aus dem Begriff und der Bedeutung des Hauses, als eines zu achtenden Gebiets, die *nothwendigen* Grenzen ergeben.

Hier hingegen, wo die Haft verfügt, folglich, wie man annehmen muß, Alles hergestellt und berücksichtigt ist, was rechtlich erfordert wird, muß dem Angeschuldigten jeder briefliche Verkehr, den er ohne Wissen des Gerichts pflegen möchte, untersagt werden. Es wird, bei der Verschiedenheit der Fälle der Personen ꝛc., die Erlaubniß einer offenen durch das Gericht zu leitenden Correspondenz, z. B. mit den Angehörigen, um häusliche oder gewerbliche Interessen wahrzunehmen, nicht unbedingt verweigert werden [27]). Durch eine heimliche Correspondenz, welche der Aufsicht des Gerichts entzogen werden soll, begeht der Gefangene ein Unrecht und verletzt ein Gesetz der Gefängnißdisciplin: er kann, wenn diese entdeckt wird, die gegen ihn streitende Vermuthung einer Unrechtlichkeit, auch dem Inhalt nach, nicht entkräften, vollends wenn er sich noch unerlaubter Mittel bedient hat, z. B. Bestechung des Gefangenwärters, Betrug u. s. w. Hier kann, wenn der Inquirent solcher verbotenen Correspondenz sich bemächtigt und von ihr pflichtmäßig Kenntniß nimmt, nicht das Recht des freien Verkehrs und der Unverletzlichkeit des Siegels dagegen geltend gemacht werden. Die Willkühr dessen, der unrecht handelt, kann nicht durch eine bloße Form (der Verschließung des Briefes ꝛc.) das Unrecht zum Recht machen. In dieser Hinsicht kann es daher auch keinen Unterschied machen, ob die verbotenerweise abgefertigten Briefe durch die Post oder auf anderm Wege fortan weiter befördert werden sollen; nicht jedoch „weil die Post mit dieser in den Stand der Anschuldigung versetzten Person

27) Die von Jagemann, Untersuchungsurkunde Bd. I. S. 122. Note 2. u. Bd. II. S. 455. Note 4. vorgeschlagene und angewendete Regel, solche Briefe des Gefangenen mit dem amtlichen Vermerke „Gesehen" zu befördern, empfiehlt sich aus den daselbst angegebenen Gründen und als Beweis der Offenheit und Rechtmäßigkeit des beobachteten Verfahrens.

ſich in kein Verhältniß einlaſſen kann [27]) — denn dieſe unerwieſene Behauptung bedarf jedenfalls einer Beſchränkung; auch würde es der Poſtbehörde ſchwer ſeyn, einer ihr hier auferlegten Verbindlichkeit zu genügen, da man einem Briefe nicht nothwendig anſieht, von wem er geſchrieben oder abgeſendet ſey, — ſondern weil der Gefangene nicht correſpondiren darf, ſo daß die Schranke ihn, und nicht die Poſt trifft; die Kenntniß im beſondern Falle vorausgeſetzt, ſollen nie ſolche Briefe, nicht blos des Angeſchuldigten, ſondern auch Anderer an denſelben abgeliefert werden [29]). Doch iſt zu erinnern, daß der Schreibende, der möglicherweiſe von der gegen den Adreſſaten verhängten Unterſuchung und Haft nichts weiß, ſeinerſeits kein Unrecht begeht, wie es unter andern Umſtänden der Fall ſeyn könnte. „Solche Briefe", heißt es in der angeführten Abhandlung [30]), „kommen dann zu den Acten; ſteht etwas Verdächtiges darin, ſo kann es wohl nicht mitgetheilt werden."

Es wird hier zwar nicht geſagt, aber als ſich von ſelbſt verſtehend und einer beſondern Rechtfertigung nicht bedürfend vorausgeſetzt, daß die Briefe von dem Inquirenten eröffnet werden, was auch der folgende Satz [31]) ergiebt: „ſobald dagegen etwas auf Familienverhältniſſe ſich Beziehendes in den Briefen vorkommt, was mit dem unterſuchten [32]) Verbrechen nicht zuſammenhängt, oder was

28) Mittermaier a. a. O. S. 458. I. A. 1.)

29) a. a. O. N. 2) Hier wird der richtige Grund angegeben, „weil der Inquirent die Aufſicht über den Inculpaten hat, und jede Communication verboten ſeyn muß." Der Adreſſat kann auch nicht unbekannt ſeyn.

30) a. a. O. Not. 3.

31) a. a. O. N. 4. S. 458. 459.

32) Es könnten aber andere Beziehungen vorkommen, die nur für jetzt, nach Lage der Sache und den bisherigen Ergebniſſen der Unterſuchung, nicht erkannt werden. Im Zweifel muß auch hier die Regel gelten, nicht mehr Beſchränkungen auflegen, als die Nothwendigkeit gebietet.

Handels-, Gewerbsverhältnisse ꝛc. betrifft, so muß der Inquirent den Brief dem Inquisiten mittheilen und sorgen, daß geeignete Antwort erfolge."

Es wäre zu wünschen gewesen, daß in dem Hauptfalle, wo eine Briefverbrechung also wirklich Statt finden soll, diese nicht so mit Stillschweigen übergangen, sondern das Recht dazu näher begründet, das Verfahren, welches zu beobachten, bezeichnet worden wäre. Nicht die Eröffnung der Briefe ist es, die man tadelt, denn sie kann unter Umständen gerechtfertigt werden, sondern die Heimlichkeit, die denn auch das Mittel ist, Schritte zu thun, zu welchen es kein Recht giebt und die man zu bekennen vermeidet. Was aber die Staatsgewalt thut, muß sie verantworten können, darum auch offen darzulegen so wenig Anstand nehmen, als es der Wissenschaft im Dienste der Gerechtigkeit bestritten werden kann, diesen Gegenstand in ihr Gebiet zu ziehen und nach Grundsätzen der Gerechtigkeit zu erörtern.

Allerdings versteht es sich, daß solche Briefe dem Verhafteten nicht unmittelbar übergeben werden dürfen, wenn nicht die Untersuchung wegen einer Uebertretung erfolgt, auf welche den vorliegenden Umständen nach eine Beziehung oder ein Einfluß gar nicht denkbar ist. Unerbrochen dürfen die Briefe auch nicht bleiben. Es würde dieses möglicherweise die Interessen des Staats und der Rechtspflege, diejenigen des Angeschuldigten selbst, so wie dritte Personen, des Schreibers oder Anderer beeinträchtigen. So muß also ein Ausweg ermittelt werden. Wäre der vorhin schon bezweifelte angebliche Grund ein wirklicher, daß die Post sich in kein Verhältniß mit dem in den Anschuldigungsstand Versetzten einlassen dürfe, so würde daraus rechtlich zunächst nur folgen — was auch in ähnlichen Fällen der Unmöglichkeit, ein Schreiben an den Adressaten gelangen zu lassen, durch die Post-Reglements vorgeschrieben

iſt — daß das Schreiben an den Ort der Aufgabe (der aus dem Poſtſtempel erſichtlich iſt) zurückgegeben und es der dortigen Poſtbehörde überlaſſen werden müſſe, die geeigneten Maaßregeln zu ergreifen, damit der Abſender ihn wieder erhalte [33]). Allein jene Behauptung iſt wie wir ſehen ungegründet, und es bleibt, unter den angegebenen Umſtänden nichts übrig, als daß die für den Angeſchuldigten beſtimmten Briefe von einer dritten Perſon geöffnet und geleſen werden. Aber von welcher? Muß dieſes unbedingt der Inquirent ſeyn? Man kann es bejahen für Schreiben, welche auf verdächtigem oder unerlaubtem Wege dem Verhafteten zukommen ſollten, die z. B. bei der Viſitation der an ihn geſandten Kleider, Bücher, Geräthſchaften, Nahrungsmittel entdeckt werden; nach demſelben Grundſatze, den wir für die auf ſolche Weiſe von ihr ausgehenden Schreiben geltend gemacht haben. Wir ſprechen aber hier von Briefen, die auf offene und an ſich erlaubte Weiſe der Poſt anvertraut ſind [34]). Wären dieſe verdächtig, z. B. der Inquirent

33) Wegen des fiskaliſchen Intereſſes werden wohl dergleichen Briefe von der Poſtbehörde eröffnet, um den Namen des Abſenders zu erfahren, der das Porto der Rückſendung, und wenn der Brief unfrankirt war, auch das der Hinſendung zu entrichten hat. Gerechter iſt die Maaßregel, die in Preußen beobachtet wird, ſolche Schreiben unter der Rubrik „unbeſtellbare Briefe" an einem ſichern, dem Publicum zugänglichen Orte eine Zeitlang auszuhängen. Indeß iſt es zufällig, ob der Abſender dieſes wahrnimmt, und es kann daher eine Eröffnung durch die Poſtbehörde ſelbſt in ſeinem Intereſſe begründet ſeyn. Vgl. A. L. R. für die Preuß. Staaten II. 15. §. 181 ff. 205. Eine ſehr paſſende Inſtruction, worin: „die Heiligkeit des Siegels" zu achten, wiederholt eingeſchärft wird, v. 18. Dec. 1821, nimmt das Regulativ vom 18. Dec. 1824 in Bezug. S. Ergänzungen der Preuß. Rechtsbücher I. Th. 4te Abtheil. Breslau 1839. S. 186.

34) Völlige Beiſtimmung verdient das Schreiben des Großh. Badiſchen Poſt-Amts zu Heidelberg an das Großh. Ober-Amt daſelbſt vom 26. Mai 1835, welches v. Jagemann Handbuch der Unterſuchungskunde Bd. II. S. 274.

hätte durch die bisherige Untersuchung über eine staatsgefährliche Unternehmung, über ein Complott, dessen Mitglieder weit verbreitet sind, bereits Kenntniß einer unter ihm stattfindenden Correspondenz, er wirkte den Ort aus, und die Personen, von welchen Briefe gesendet werden könnten, es wäre ihm sogar die Handschrift bekannt: so würde ihm unbedenklicher das Recht zustehen, die an das Untersuchungsgericht abgelieferten Briefe zu öffnen. Allein man wird zugeben, daß bei weitem nicht in allen Fällen, wo Jemand in Untersuchungshaft sich befindet, jene Voraussetzungen Statt finden; ja es kann bedenklich seyn, selbst wenn das Recht und beziehungsweise die Pflicht der Kenntnißnahme begründet ist, dieses ohne Ausnahme dem Inquirenten allein zu überlassen. Die Gegner des Untersuchungsverfahrens, die, wenn sie auch theilweise von Vorurtheilen befangen, dasselbe in allen seinen Schritten tadeln, doch für die heilige Sache des Rechts das Verdienst haben, dessen Mängel aufzudecken (welche allerdings auch von den Vertheidigern nicht verkannt werden), würden nicht ermangeln zu bemerken, welche Mißbräuche hier vorkommen könnten, wenn man einmal Mißtrauen gegen einzeln handelnde Beamten hegen will, oder dieses zu thun Veranlassung hat. „Wäre es nicht möglich, — würden sie, und nicht blos sie, sondern auch die, welche die Offenheit in unserm Prozeß erkennen, auch wenn er nicht im engern Sinn öffent-

---

Nr. 95. mittheilt: „— Was die gewünschte fernere Nachweisung über Geldsendungen betrifft, welche der Inquisit etwa von hier versandt haben könnte, so halten wir uns, abgesehen davon, daß die Post von den Namen der Aufgeber keine Notiz hat, bei den über Beobachtung des Postgeheimnisses vorliegenden Verordnungen nicht ermächtigt, darauf einzugehen, weil die Adresse und Correspondenz dritter, dabei nicht betheiligter Personen bloßgegeben werden müßte; wir werden hingegen Großh. Oberamte alle ferner unter obiger Adresse etwa vorkommenden Briefe unverweilt zustellen."

lich ist, — nicht die Besorgniß anführen, daß Briefe, die vielleicht zur Vertheidigung beizutragen vermöchten, nicht zu den Acten genommen würden, daß der Inquirent es unterließe, in dem von Mittermaier angeführtem Falle [35]) „den Brief dem Inquisiten mitzutheilen und zu sorgen, daß die geeignete Antwort erfolge?" Könnte nicht ein Beamter, selbst ohne bösen Willen, den man nicht vermuthen darf, in dem Grade, wie er für das öffentliche Interesse eifrig thätig ist, das Privat-Interesse des Inculpaten als der Berücksichtigung unwerth erachten, für welches er, als solcher, nicht, sondern zufolge der ihm jetzt zufällig gebotenen Gelegenheit zu sorgen, die Aufforderung hat? Der Würde der Gerechtigkeitspflege ziemt es, nicht nur das Unrecht, wie sich versteht, sondern auch den Schein, den Verdacht der Möglichkeit zu vermeiden. Ich habe schon im Eingang bemerkt, daß hier die Oeffentlichkeit der Criminalprocedur keine größere Gewährleistung darbiete; denn die Ueberwachung des schriftlichen Verkehrs eines Verhafteten fällt auch nach dieser Verfahrensart in eine andere, der öffentlichen Verhandlung vorausgehende Periode, und gehört zu der Thätigkeit des Instructionsrichters, der seine Geschäfte dort wie in unserm Untersuchungsverfahren nicht öffentlich, oder wenn er so will, heimlich oder geheim vollzieht, und es der Natur der Sache nach nicht anders vermag.

Wird einmal das Geheimniß offenbart, so kann es nicht nachtheilig seyn, wenn es mehrere Personen theilen, die ja sämmtlich zur Beobachtung der Amtsverschwiegenheit verpflichtet sind, wohl aber wird der Vortheil einer wünschenswerthen Controle erreicht. Die Vorschläge, die ich mache, lassen sich nicht nur aus dem Geiste unsers Unter-

35) S. oben Note 6.

ſuchungsverfahrens rechtfertigen, ſondern auch durch die Analogie ausdrücklicher Geſetze begründen.

Ueberall wird zu gerichtlichen Handlungen ein gehörig beſetztes Gericht, ja in wichtigen Fällen und wo etwas Präjudicialiſches bevorſteht, die Zuziehung von Schöppen geboten [36]). Insbeſondre ſollen bei der Güter-Aufzeichnung zwei oder drei Freunde des abweſenden Angeſchuldigten zugezogen werden [37]). Nehmen wir das Gemeinſame heraus, abſtrakt, ohne die Fälle und Verhältniſſe zu individualiſiren, ſo iſt es die Zuziehung von mehreren, unparteiiſchen Perſonen, welche den öffentlichen Glauben erhöhen, die Behörde controliren und etwanige Sonder-Intereſſen, ſo weit es geſtattet iſt, wahrnehmen. In manchen Fällen wird nun die Theilnahme der Angehörigen, Hausgenoſſen, unbedenklich ſeyn. Handlungsbriefe z. B. werden ohnehin an die Firma gerichtet und, in Abweſenheit des Principals, von dem Disponenten oder dem Inhaber der Procura, wenn ein ſolcher da iſt, eröffnet. Einem Angeſchuldigten, bei dem ein ſolches Intereſſe vorhanden iſt, wird nicht verwehrt, eine Stellvertretung zu veranſtalten, wenn nicht durch das Handelsgericht eine Curatel angeordnet werden muß. Hier wären alſo die zuzuziehenden Perſonen von ſelbſt bezeichnet und deren Theilnahme um ſo weniger einem Anſtande unterworfen, je ſeltener der Fall ſeyn wird, daß Briefe verbrecheriſcher Tendenz, die ausſchließend für den Adreſſaten beſtimmt ſind, unter einer Form erlaſſen werden, die nirgends die Möglichkeit entfernt, daß andre im Geſchäft arbeitende Perſonen Kenntniß von derſelben erhalten; doch könnte grade dieſe anſcheinend unverfängliche Form gemißbraucht werden und bedarf hier beſonderer Vorſicht.

---

36) P. G. O. 81. 91—93.

37) P. G. O. Art. 206.

Dies iſt freilich ein einzelner Fall. Nicht ſelten könnte es nöthig ſeyn, grade die Familienglieder ꝛc. auszuſchließen, die, auch ohne der Theilnahme verdächtig zu ſeyn, doch ein begreifliches, von der Geſetzgebung überall berückſichtigtes Intereſſe haben. Es muß durch andere Perſonen das Recht nach allen den Seiten gewahrt werden, deren oben gedacht iſt. Wo das Unterſuchungsgericht ein Collegium iſt, müßten die Briefe dem Dirigenten, wo der Inquirent Einzel-Richter iſt — was jetzt ſelten und für geringere Unterſuchungsgegenſtände Statt findet, — müßten ſie der vorgeſetzten höhern Behörde unerbrochen eingereicht werden. Die Durchſicht ſollte dann vor einer Commiſſion von mehreren Mitgliedern erfolgen, und endlich ließe ſich damit noch ein anderes, die Sicherheit verbürgendes Mittel verbinden.

Wir dürfen mit Zuverſicht annehmen, daß in den bevorſtehenden Strafprozeßgeſetzgebungen die rechtliche Vertheidigung im engern Sinn (die ſ. g. formelle Defenſion durch einen rechtskundigen Beiſtand des Angeſchuldigten) noch mehr begünſtigt werde, als ſie es nach dem gemeinrechtlichen Princip und einigen Landesrechten ſchon iſt [38]); daß ſie in größerm Umfange und mit Aufhebung mancher Beſchränkungen geſtattet werde, die man mit Rückſicht auf mögliche Mißbräuche aufgeſtellt hat. Sollte eine neue Criminalordnung auf Principien gebaut werden, welche ein contradictoriſches Verfahren eines Anklägers und Vertheidigers bedingt, ſo wird dieſe Hoffnung unmittelbar in Erfüllung gehen. Allein auch bei dieſem iſt es ſo wenig genügend, die Vertheidigung auf die mündliche Rede vor dem Richter in der Audienz [39]) zu beſchränken, als bei dem Unterſuchungsverfahren, wenn

38) Mein Lehrbuch des Criminal-Prozeſſes §. 143 f.

39) d. h. in der Verhandlung vor den Aſſiſen.

dieſes geläutert beibehalten wird, auf die Einreichung einer ſ. g. Defenſionsſchrift, oder auf die Angabe der Vertheidigungsgründe zu Protokoll — nach beiden Formen alſo auf die Vertheidigung am Schluſſe des Verfahrens, und vor der Fällung des Urtheils. Die Gerechtigkeit und die Rechtspolitik fordern eine umfaſſendere Theilnahme und Mitwirkung des Rechtszuſtandes auch in den früheren Abſchnitten des Verfahrens. Eine ſolche geſtattet und beziehungsweiſe gebietet z. B. die Preußiſche Criminal-Ordnung [40]) wenigſtens bei ſchweren Verbrechen, indem „dem Angeſchuldigten, auch wenn er es nicht verlangt, gleich zu Anfang der Unterſuchung ein Vertheidiger von Amts wegen beſtellt [41]) und derſelbe vorſchriftsmäßig zugezogen werden ſoll.“ Es bedürfte zunächſt nur einer Ausdehnung dieſer beifallswürdigen Beſtimmungen auf alle eigentlichen Verbrechen, auch die minder ſtrafbaren, welche in dem Preußiſchen Recht in ſofern ſchon Statt findet, als auch hier jedoch, wo, „wenn der Angeſchuldigte ausdrücklich die Zuordnung eines Vertheidigers verlangt, ihm darin gewillfahret werden ſoll“ [42]). Alsdann wird ſich leicht nachweiſen laſſen, daß die Eröffnung der Briefe eine Handlung von nicht geringerer Wichtigkeit ſey, als z. B. die Vernehmung der Zeugen, die hier eine ganz nahe Analogie darbietet. Der auf ſein Amt verpflichtete Vertheidiger, der ſelbſt im öffentlichen Dienſte ſteht, und deſſen Vertretungspflicht einer Partei nicht anders als in Uebereinſtimmung mit den Geboten der Gerechtigkeit auszuüben iſt [43]), wird von dieſer Kenntniß ſo wenig einen Mißbrauch machen, als von derjenigen, die er auf

40) §. 436. mit §. 433.

41) Namentlich „bei der Vernehmung über die species facti, oder bei dem articulirten Verhör und bei Vernehmung der Zeugen.“

42) Crim. O. §. 440.

43) Mein angef. Lehrbuch des Criminal-Prozeſſes §. 146.

anderm Wege z. B. durch Ueberredung mit dem Angeſchuldigten erlangt, die man ohne die an manchen Orten vorkommenden ängſtlichen Beſchränkungen geſtatten ſollte. Ja es wird dort, wo die Eröffnung jedenfalls durch eine Gerichtsperſon, nach meinem Vorſchlage, in Gegenwart noch Anderer geſchieht, eine gegenſeitige Controle möglich, deren Werth nicht hoch genug anzuſchlagen iſt. Es wird aber dadurch zugleich eine auch äußerlich bekundete Gewährleiſtung gegeben, daß alle Intereſſen des Angeſchuldigten, auch die beſonderen, die außerhalb des Gebiets des ſtrafrechtlichen Verfahrens liegen, gehörig wahrgenommen werden.

Iſt nun dieſes Verfahren bei Behandlung der Correſpondenz eines Verhafteten, wo es im beſondern Fall rechtlich nothwendig wird, demſelben als ein geſetzlich geordnetes und gegen Mißbrauch geſchütztes bekannt, weiß er, welche Pflichten dabei dem Rechtsbeiſtande, den er ſich ſelbſt nach individuellem Vertrauen gewählt, oder den ihm das Gericht beigeordnet hat, obliegen; ſo fehlt es auch nicht an dem Moment einer hier in ſeinem eignen Intereſſe vorauszuſetzenden Zuſtimmung, alſo der Vermittelung durch ſeinen Willen, der gewiß in nicht wenig Fällen auch ausdrücklich erklärt werden wird. Die Handlung in dieſer Weiſe vorgenommen, verliert die Eigenſchaft der Heimlichkeit und der Gewalt.

In wiefern ſchon vor der Eröffnung der Inquirent die Veranlaſſung ergreifen ſoll, über den Eingang von Schreiben den Angeſchuldigten zu vernehmen, demſelben Gelegenheit zu geben, einen etwanigen Verdacht zu entkräften, oder wenn dieſes nicht gelingt, wenn er durch Weigerung, Läugnung ꝛc. beſtärkt wird, einen nähern Rechtfertigungsgrund für jene Maaßregel zu erlangen — dies muß, nach Beſchaffenheit der Umſtände, dem pflichtmäßigen Ermeſſen eines einſichtsvollen Unterſuchungsrichters überlaſſen bleiben.

Wir haben bisher von den Briefen gesprochen, welche der Verhaftete selbst geschrieben hat, oder welche an ihn gerichtet sind. Die Grundsätze, die uns zu den erwähnten Ergebnissen geführt haben, werden mit dem durch die Verschiedenheit des Verhältnisses gebotenen Modificationen auch für das rechtliche Verfahren in Betreff der Briefe anderer Personen maaßgebend seyn. Ich muß bekennen, daß die Regeln, welche hier Mittermaier aufstellt, mir nicht überall gerechtfertigt erscheinen, und glaube auch annehmen zu dürfen, daß er sie jetzt nicht mehr ganz so, wie früher, angeben würde.

Ohne Zweifel muß an die Spitze der Unterscheidung gestellt werden, ob diese anderen Personen (die nämlich nicht mit dem Angeschuldigten correspondiren, sonst fiele die Sache in eine der bereits betrachteten Kategorieen) zu der Familie des verhafteten Inculpaten gehören, oder nicht.

Im ersten Falle ist es richtig, daß selbst ein eintretender Verdacht rücksichtlich der Correspondenz solcher Personen nicht berechtigen könne, Briefunterschlagung oder Erbrechung zu veranlassen. Eine Ueberwachung mag hier bedingt seyn und wird vielleicht Gelegenheit geben, mit Vorsicht und Schonung bei den Personen, an welche solche Briefe gerichtet sind, Erkundigung einzuziehen. Wenn aber Mittermaier sagt [44]): „der Inquirent kann in Fällen, in welchen auch fremde Personen Urkunden ediren müßten, diese Edition von der Familie fordern", so ist mir diese Folgerung eben so zweifelhaft, wie der Vordersatz, aus dem sie hervorgehen soll. Denn grade bei Criminaluntersuchungen findet (mindestens in nicht geringerm Grade als sonst) ein sehr erheblicher Unterschied zwischen Familiengliedern und Fremden

44) a. a. O. S. 460. II. A. a.

Statt, so daß von der Editions- oder Zeugenpflicht dieser letztern kein Schluß auf die der erstern zulässig ist. Die Familienglieder (deren Begriff die Gesetze durch Angabe einer Grenze, des Grades der Verwandtschaft oder Schwägerschaft bestimmen) sind berechtigt, sich des Zeugnisses zu enthalten, können dazu, gewisse Fälle des gemeinen Rechts ausgenommen, nicht genöthigt werden, und eben so wenig darf also deren Editionspflicht nach den Grundsätzen, wie diejenige fremder d. h. einer Betheiligung und eines persönlichen Interesses nirgends verdächtiger Personen beurtheilt werden. Versteht Mittermaier unter den (lit. c.) bezeichneten Adressaten ebenfalls Familienglieder, welche „mittelst Requisition als Zeugen über den Inhalt der Briefe vernommen werden sollen", so muß derselbe Einwand gemacht werden. Man darf zugeben, daß thatsächlich dieses in sofern zuweilen zum Ziele führen könne, als solche Personen wohl nicht stets der Vernehmung sich entziehen. Indeß sey über diesen Punkt, dessen weitere Erörterung nicht hieher gehört, die Bemerkung erlaubt, daß es nicht räthlich ist, solche Personen in die bedenkliche Alternative zu versetzen, entweder durch ihre Aussage (wenn der angeschuldigte Verwandte schuldig ist) die natürliche, in jeder Gesetzgebung anerkannte Rücksicht der Pietät zu verletzen, oder durch ihre Weigerung den Verdacht zu vermehren, wenn sie nicht durch eine falsche, jenen günstige Aussage ihr Gewissen, und falls sie beeidigt würden, ihre Eidespflicht verletzen. Erfolgreich wäre dieses also nur bei einer in Wahrheit gegründeten, den Angeschuldigten nicht benachtheiligenden Aussage, die aber wieder für sich nicht auf volle Glaubwürdigkeit Anspruch hat. Unser Einwand wird sich einigermaßen erledigen, wenn diese Adressaten dritte Personen seyn sollen, welche von Familiengliedern Briefe empfangen haben. Dies wird aber zu dem andern, nachher zu betrach-

tenden Falle gehören. Alsdann müßten unter den (sub b. bezeichneten) schreibenden Personen die Angehörigen verstanden werden [45]). Man wird also eine andere Unterscheidung machen müssen. Sind die Familienglieder einer Theilnahme an dem Verbrechen verdächtig, was nicht zu verwechseln ist mit der Theilnahme, die sie der Person und dem Schicksal ihres Angehörigen widmen, und welche nur ausnahmsweise bei gewissen Verbrechen selbst auf Berücksichtigung kein Recht haben soll, so muß und kann gegen sie, unter Voraussetzung der hergestellten Erfordernisse eines auf sie auszudehnenden Verfahrens, wie gegen den Hauptangeschuldigten gehandelt werden, da sie jetzt selbstständig einer Untersuchung unterworfen werden. Im entgegengesetzten Falle sind gegen die Verwandten nirgends Rechte hinsichtlich der Kenntnißnahme ihrer Papiere, der Editions- und der Zeugenpflicht begründet.

Einverstanden bin ich mit der Entscheidung, welche für den andern Fall gegeben wird [46]), einer Correspondenz fremder Personen, die zwar mit dem Inculpaten in irgend einer Beziehung stehen, aber weder von ihm (oder seinen nächsten Angehörigen) Briefe empfingen, noch an ihn absandten, die also auch nicht mittelbar unter

---

45) Es ist mir nicht deutlich, was der Verf. a. a. O. II. (A. b.) sagt: „er kann mit der Postbehörde sich berechnen, um die Namen der schreibenden Personen, ihre Wohnorte u. dergl. aus der Adresse zu erkennende Umstände zu erfahren." Alles dieses ist nämlich nicht aus der Adresse zu erkennen, die in der Regel nur Namen und Wohnort der Personen, an welche, nicht aber von welchen geschrieben ist, enthält, und wenn auch ausnahmsweise der Absender seinen Namen angiebt, so wird dies am wenigsten bei einer verdächtigen Correspondenz geschehen. Daß etwa der Postbeamte die Handschrift dessen kennt, von welchem die Aufschrift herrührt, oder die Person, welche den Brief aufgiebt, ist eine Zufälligkeit, auf welche sich keine rechtliche, keine rein polizeiliche Maaßregel gründen läßt.

46) a. a. O. S. 461. sub B. a. u. b.)

die vorige Kategorie fallen. Hier würde eine Maaßregel gegen deren Correſpondenz nur dann gerechtfertigt ſeyn, wenn ſie dennoch der Mitſchuld oder Theilnahme verdächtig oder bezüchtigt ſind, wo ſie ſich gefallen laſſen müßten, nach gleichen rechtlichen Grundſätzen (alſo auch unter Beobachtung gleicher ihr Recht ſchonender Maaßregeln) behandelt zu werden, wie der Inculpat und wie überhaupt jeder, welcher einer Unterſuchung unterworfen wird, wo[illegible] nicht zu wiederholen brauchen, daß mindeſtens ſo viel Verdacht vorliegen müſſe, um ein gerichtliches Einſchreiten gegen ſie zu rechtfertigen, und daß auch rückſichtlich ihrer die verſchiedenen Stadien der Vor- und der Haupt-Unterſuchung und der Unterſchied, ob ſie ſich in Haft befinden oder nicht, zu beobachten ſeyen.

Tritt aber nichts von Allem dieſem ein, waltet in der Sache ſelbſt nirgends ein Verdacht gegen ſie, ſondern nur die Wahrſcheinlichkeit vor, daß ſie irgend eine für die Sache erhebliche Auskunft zu ertheilen im Stande ſeyn werden, was auch nicht ſo leicht hin, auf entfernte Vermuthungen, ſondern auf nähere durch die bisherige Unterſuchung oder das vorbereitende Verfahren ermittelte Gründe anzunehmen iſt, ſo genügt es, ſolche Perſonen zu verwahren, wo dann deren Verhältniſſe und die allgemeinen Grundſätze, nach welchen die höhere oder geringere Glaubwürdigkeit oder der Mangel derſelben ſich beſtimmt, entſcheiden werden, wiefern ihre Erklärung als ein beweiſendes Zeugniß zu gelten vermöge oder nicht. Auch hier darf man auf die Geſchicklichkeit eines rechtlichen Inquirenten und auf das oft wunderbare Zuſammentreffen der Umſtände rechnen, welches beiträgt, die Wahrheit ans Licht zu bringen, und der Lüge und Entſtellung ein mächtiges Gegengewicht entgegenſetzt. Weiter aber zu gehen, namentlich die Briefe zu erbrechen, giebt es kein Recht, und es würde, wie Mittermaier richtig bemerkt, bei der Verbindung

Dritter mit Anderen keine Grenze geben, und alles Vertrauen, aller Glaube und alle Sicherheit aufhören.

Wenn es für das Recht und die Wissenschaft desselben nicht gleichgültig ist, diesen Gegenstand auf Grundsätze zurückzuführen, so gereicht es zur Genugthuung, dieses in einer Zeit und unter Verhältnissen thun zu können, wo lediglich ein theoretisches Interesse die Veranlassung zu [redacted] Untersuchung giebt, deren Resultate allenfalls bei bevorstehenden Gesetz-Revisionen der Berücksichtigung empfohlen werden könnten, wo es aber nicht erforderlich ist, sich zum Organ einer öffentlichen Meinung aufzuwerfen, die von unsern deutschen Behörden getheilt, solche Mißbräuche, wie die früher gerügten, nicht fürchten läßt. (Vgl. oben Not. 13. 15 u. 34.)

XXII.

Das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt;

praktisch erläutert

von

Herrn Dr. Ludwig von Jagemann,

Großherzoglich badischem Hofgerichtsrath und Staatsanwalt zu Freiburg.

Das Verbrechen der Widersetzlichkeit scheint manchen, in der Geschichte des Strafrechtes weniger Bewanderten [1]) eine Erfindung des neuern Zeitalters zu seyn, weil sie in der P. G. O. keine Erwähnung davon finden. Man übersieht aber dabei, wie in so manchen andern Beziehungen, die Winke, welche dieses Gesetz selbst an so manchen Orten ertheilt, daß es nicht als ein vollständiger Strafcodex [2]), sondern vielmehr nur als eine Erläuterung oder Ergänzung

1) So groß auch der Nutzen gewesen seyn mag, daß seit dem Beginn des neuen Jahrhunderts ein philosophisches und systematisches Studium des Criminalrechtes eingeführt wurde, so muß man doch wohl noch dankbarer die Bemühungen neuerer Gelehrten, wie namentlich von Henke, Roßhirt und Wilda, anerkennen, einen festen historischen Boden für diese Wissenschaft zu begründen, und kein Praktiker sollte diese neue Richtung spurlos an sich vorübergehen lassen.

2) Kaiser Karl V. beschloß das Einführungs-Patent der P. G. O. mit dem ausdrücklichen Vorbehalte: „Doch wollen wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden, an iren alten wolherbrachten rechtmeßigen und billigen Gebreuchen, nichts benommen haben."

der „gemeinen rechten" angesehen seyn will, wonach es gar keinem Zweifel unterliegt, auch von der Wissenschaft niemals in Abrede gezogen wurde, daß das römische und canonische Recht fortan und neben der P. G. O., in soweit es nicht ausdrücklich derogirt ist, gesetzliche Geltung behaupten [3]). Wie wollte man sonst z. B. den Betrug, die Bestechung, die Tödtung im Zweikampfe u. A. m. bestrafen, wovon bekanntlich die Carolina keine Sylbe enthält? [4])

Freilich ergeben sich große Schwierigkeiten bei der Anwendung altrömischer Gesetze auf unser bürgerliches und politisches Leben, indem ja dasselbe von Grund aus anders geworden ist. Es soll damit zwar nicht behauptet seyn, daß unser Jahrhundert in der Geistesbildung und Erkenntniß weiter gekommen sey, als wohin jenes Mustervolk gelangt war: aber ein anderer, sehr wesentlicher Grund zur vorsichtigen Anwendung des römischen Rechtes liegt darin, daß dasselbe unter einer ganz andern Staatsform [5]) entstanden ist, als in der wir Deutschen von Altersher leben.

In Rom fühlte man nach langer Handhabung der auf einzelne Verbrechen abzielenden Specialgesetze, daß da-

---

3) Siehe Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 11. 17.

4) Es gibt zwar streng deutsche Juristen, welche dafür halten, daß alle in der P. G. O. nicht aufgeführten Verbrechen als besondere Arten von Delicten nicht bestraft werden können; sie nehmen dann aber ihre Zuflucht zu Rechts-Analogien, wie z. B. beim Betrug zum Diebstahl, beim Zweikampf zur Tödtung u. s. w., welches offenbar noch weit schlimmer ist, als die Benutzung vorkaroliniſcher Quellen. S. Mittermaier's (13te) Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 75 a. 102 b. Anm. f.

5) Wie sehr dieser Einfluß in Anschlag zu bringen ist, zeigen uns Montesquieu, Esprit des lois Livre V. und; Matter, über den Einfluß der Sitten auf die Gesetze und der Gesetze auf die Sitten. Uebers. v. Buß. Freiburg 1833. Abschn. 3. Hauptst. 3.

mit nicht auszukommen ſey, weil immer häufiger Frevelthaten und Beunruhigungen, der Einzelnen wie der Maſſen, hervortraten [6]), welche in jenen gar nicht vorgeſehen waren. Deßhalb entſchloß man ſich um das ſiebente Jahrhundert n. E. R., insbeſondere in den Jahren 653. 664. 675. 690. 701. 708. 746., Geſetze zu erlaſſen, worin die Gewaltthätigkeit in vielen ſpeciellen Fällen für ſtrafbar erkannt wurde, und es ging daraus dann unter Auguſtus das allgemeine und vielgeſtaltige *Crimen vis* hervor [7]).

Hier iſt nicht der Ort, auf die Bedeutung dieſes Wortes näher einzugehen, aber ſo viel kann wohl als ausgemacht angenommen werden, daß es eine in Gewalt übergehende Eigenmächtigkeit [8]) ausdrückt, d. i. die Abſicht, den Privatwillen mittelſt Hinwegräumung gewiſſer Hinderniſſe, die an ſich von rechtlichem Beſtande ſind, durchzuſetzen.

Unter dieſen Begriff fallen, in ſofern man zunächſt nur von Verſtößen gegen das öffentliche Recht ſprechen will, zuallernächſt die Handlungen, wodurch der Vollzug der Geſetze und der Befehle aller mit einem Theile der Staatsgewalt bekleideten Behörden gehemmt werden ſoll, und dies iſt es auch, was man unter dem Verbrechen der

---

6) Es mag damals ungefähr eine Zeit geweſen ſeyn, wie jetzt. Man fing mit ſteigender Wohlhabenheit und Aufklärung an, immer übermüthiger über Ordnung und Pflicht des Gehorſams ſich zu erheben; ſo wie dies leider überhaupt die Kehrſeite der Freiheitsideen iſt.

7) Vergl. Marezoll, das gemeine Criminalrecht. Leipzig 1841. §. 75. 76. — Das Geſchichtliche dieſer Lehre ſ. in Abegg Lehrb. der Strafrechtsw. S. 273. und v. Wächter, in dieſem Archiv Bd. XIII. Abhandl. I. und VII.

8) Vis wurde überhaupt als directer Gegenſatz von Jus aufgefaßt. — Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts. 2te Auflage. §. 328.

Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt zu verstehen hat [9]).

Die neuere Gesetzgebung hat in den meisten Ländern darin nachzuhelfen gesucht und besondere Bestimmungen erlassen, wodurch dergleichen Uebertretungen mit Strafe bedroht werden; aber man muß meistentheils daran aussetzen, daß die Definitionen entweder zu weit, oder zu eng [10]), ausgefallen sind. Nicht jeder polizeiliche Unfug, wo das Individuum mit den Sicherheitswächtern in Gegenstoß geräth, nicht jede Schlägerei, welche ohne Gefahr abläuft und nur ein Werk des Muthwillens ist, soll hierher gezogen werden; denn es kann nicht oft genug gesagt werden, wie sehr man sich hüten soll, Vergehen der geringfügigsten Art in das Gebiet des Criminalrechts zu ziehen, indem der Unterschied für die Angeklagten sehr mächtig ist, ob sie blos eine polizeiliche Rüge oder eine Criminalstrafe erhalten, da die letztere ihrer bürgerlichen Ehre [11]) immer einen Flecken anhängt.

Dagegen ist es auch unangemessen, Auftritte ernsterer Natur hinsichtlich des Verhaltens der Agenten der öffentlichen Gewalt, und hinsichtlich des Grades des gelei-

---

9) Vergl. Wächter, a. a. O. S. 175. — Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. III. §. 170. — S. besonders auch Mittermaier's (13te) Ausgabe von Feuerbach's Lehrb. des peinl. Rechts Not. I—IX. zu §. 201.

10) Auch hieraus dürfte wieder die Lehre zu schöpfen seyn, daß Gesetzgeber sich nicht mit Begriffsbestimmungen befassen, sondern solche lediglich der Wissenschaft überlassen sollen. Es ist ein großer Unterschied, die Hauptmerkmale des Thatbestandes anzugeben, und die Aufgabe einer abgerundeten Definition erfüllen zu wollen. Freilich darf man dann nicht allzu ängstlich gegen die Gesetzesanalogie ankämpfen. S. Breidenbach, Commentar über das Hessische Strafgesetzbuch. Darmstadt 1842. Bd. I. S. 201 bis 205.

11) Vergl. von Jagemann, die bürgerliche Ehre im Verhältniß zum Strafgesetz, im Archiv des Criminalrechts von 1838. S. 271.

steten Widerstandes einer so ängstlichen Prüfung zu unterwerfen, daß die Richter in jedem einzelnen Falle Zweifel hegen müßten, ob überhaupt nur ein Verbrechen vorliege.

Es ist gewiß eine lobenswerthe Vorsorge, daß die Staatsbürger von den Vollziehern der Gesetze nicht allzusehr belästigt, nicht roh überfallen oder gar mißhandelt werden. Man darf mit Recht verlangen, daß bei der Anwendung einer so übermächtigen Gewalt [12]) immer diejenige Mäßigung beobachtet werde, welche die Umstände erlauben oder gebieten, und es darf zugestanden werden, daß eine solche Beschränkung doppelt nothwendig ist, wo man es mit Dienern von untergeordneter Klasse zu thun hat. Aber diese Beschränkung ist nur so zu verstehen, daß sie in die Dienstinstructionen [13]) gelegt wird, und es soll noch gezeigt werden, wie es durchaus unpassend ist, dem Publikum, mit welchem es die Diener zu thun haben, anheimzugeben, die Rechtmäßigkeit ihres Auftretens und Handelns einer unmittelbaren Kritik zu unterwerfen.

Das römische Recht stellte das Crimen vis als eine generelle Form von widerrechtlicher Gewaltsübung hin, und es kommen dabei insbesondere auch Stellen vor, wo des Widerstandes gegen den Vollzug der Befehle und Ur-

12) Schon im gemeinen Leben gilt es als ein Gebot der Menschlichkeit und der Großmuth, daß der Stärkere gegen den Schwächern seine Kraft nicht weiter anwende, als es die äußerste Noth erfordert; um so mehr muß dieses vom Staate gelten, der nicht nur jeden Uebergriff der Privatgewalt zu rügen, sondern auch mit musterhaftem Beispiele voranzugehen hat. Hepp, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. Tübingen 1842. S. 127.

13) Die Grenze, wie der Stoff zur Gesetzgebung theils in die eigentlichen Gesetze, theils in das Gebiet der Verordnungen zu vertheilen sey, ist überall noch nicht mit der nöthigen Sicherheit aufgefunden.

theile der Staatsbehörden erwähnt wird. So heißt es in der L. un.: si quis jus dicenti [14]) *non obtemperaverit* (2, 3.): „omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum jus potestatis suae concessum est, jurisdictionem *suam defendere poenali judicio*" [15]).

Ferner finden wir in der L. 10. ad legem Juliam de vi publica (48, 6.) die Worte: (lege Julia de vi publica *Tenetur*:) „qui dolo malo fecerit, quominus *judicia* [16]) tuto exerceantur."

Nirgendwo ist aber die Rede von einer Strafloſigkeit auf den Fall, daß die widerspännstige Person ein gutes Recht vertheidigt, oder einen etwaigen Exceß des vollziehenden Beamten in die gesetzlichen Schranken zurückgewiesen habe.

Nur das ist der Sinn jener Gesetze und die mit einem praktischen Staatsregiment vereinbare Idee, daß die Unterthanen, sobald etwas befohlen wird, entweder still

---

14) Allerdings redet diese Stelle zunächst nur vom Civilrichter; aber man hat nie Anstand genommen, dieselbe auch auf den Ungehorsam gegen die Criminalobrigkeit anzuwenden. Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. III. S. 197.

15) Die richtige Auslegung dieser Worte dürfte wohl die seyn, daß der sonst nicht mit Strafgewalt bekleidete Beamte ausnahmsweise, wenn er in seiner eigenen Autorität gekränkt ist, Ordnungsstrafen erkennen darf. — Es ist kein Grund einzusehen, warum, wie Marezoll, in seinem deutschen Criminalrecht, Leipzig 1841, S. 220. Anm. 1. meint, unter dem poenale judicium bloße Privatstrafe verstanden seyn sollte. Wächter, Lehrbuch des Strafrechts, Bd II. S. 64. will die Anwendung dieses Gesetzes nur auf die Nichtbefolgung obrigkeitlicher Befehle beschränkt wissen. Wenn aber letztere strafbar ist, so muß es um so mehr activer Widerstand seyn.

16) Damit müssen wohl auf gleicher Stufe stehen: Decrete der Untersuchungsrichter, Erkenntnisse der Verwaltungsbehörden u. s. w.

gehorchen [17]), oder, wenn Zeit dazu übrig ist, die geordneten Rechtsmittel ergreifen sollen.

Man spricht zuweilen von Situationen, wo ein Bürger im Nothstande sich befindet, und keine andere Wahl habe, als sich dem Beamten zu widersetzen, oder einen unwiederbringlichen Schaden zu erleiden. Ist der Fall von der Art, daß das Leben in Gefahr kommt, so mag allerdings die Strafbarkeit des Widerstandes beinahe aufgehoben seyn, aber ganz kann sie nie verschwinden [18]), weil es unter keinerlei Umständen unbedingt erlaubt seyn kann, sich selbst, und zwar mit Gewalt, gegen den Staat Recht zu nehmen; nichts Anderes aber ist es, wenn der durch einen öffentlichen Beamten Angegriffene zu erkennen gibt, wie er sich dem Gebote nicht zu unterwerfen brauche, und sogar physische Mittel entgegensetzt.

Es gibt einen Vollziehungsbeamten gegenüber gar keine Nothwehr im gesetzlichen [19]) Sinne, also keine gerechte Nothwehr [20]). Mag die Bedrängniß noch so weit

17) Die Frage über die Grenzen des Widerstandes löst sich am einfachsten, wenn man auf diese erste Bedingung aller Staatsordnung zurückgeht. Kein Staat kann ohne souveraine Gewalt bestehen; will man aber dem einzelnen Bürger gestatten, in Augenblicken, wo die Staatsgewalt handelnd auftritt, mit derselben erst zu rechten und sie nach Belieben von sich abzuweisen, so hat das Regieren begreiflicherweise ein Ende.

18) Dabei ist natürlich immer vorausgesetzt, daß der Agent des Staates, welcher mit dem Einzelnen in Conflict geräth, keine andere Absicht habe, als die: den Willen des Gesetzes oder einen Auftrag seiner Oberen zu vollziehen, und sobald er in Leidenschaft übergeht und seine Privatabsichten durchsetzen will, steht er außer dem Schutz des Gesetzes und darf in seine Grenzen zurückgewiesen werden. Zu einer Gefahr für Gesundheit und Leben für den Bürger kann es aber gar nicht kommen, wenn derselbe sofort dem Gebot einer obrigkeitlichen Person Gehorsam leistet; veranlaßt er aber selbst ein Handgemenge, so muß er auch die Folgen tragen.

19) Zöpfl, in diesem Archive Jahrg. 1842. S. 161.

20) Nothstand oder Nothwehr sind die Begriffe, welche den Vertheidigern des Widerstandes gegen die öffentliche Gewalt mei-

gehen, mag die Noth noch so groß seyn, so ist die Nothwehr hier immer eine ungerechte [21]).

Wenn man das Gegentheil statuirt, so gehen die Consequenzen noch viel weiter, als die Anhänger dieser Theorie sich bewußt seyn mögen. Wird den Unterthanen einmal das Recht eingeräumt, die Competenz und die Angemessenheit der gebrauchten Vollziehungsmittel zu prüfen, und sich, sobald sie hierin einen Fehler zu finden glauben, in offene Opposition zu stellen, so muß ihnen mit gleichem Grunde auch verstattet seyn, gegen die höchste [22]) Staatsgewalt, wenn sie nach dem Dafürhalten der Mehrheit etwas Ungerechtes unternimmt, den Krieg zu erklären,

---

stens vorschweben mögen, wenn sie es auch nicht gerade herausſagen, aber die Nothwehr ist ja ausdrücklich in den Quellen als ein Handeln in Privatverhältnissen charakterisirt, und unmöglich kann der Staat dergleichen Exemtionen, welche er für dringende Momente, wo seine Behörden nicht gleich anwesend sind, um Recht zu sprechen, statuirt, in gewissen Fällen auch gegen sich selbst gelten lassen; denn er würde dadurch seine Obergewalt geradezu aufgeben.

21) Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. I. S. 221. 229. weist deutlich nach, daß Nothwehr nur gegen Privatgewalt Statt finden könne. Nothwehr gegen den Staat und seine Agenten, wenn sie bona fide handeln, läßt sich mithin als begriffswidrig gar nicht annehmen. Der Staat hat die Präsumtion für sich, nur Recht und Gesetz zu üben; es kann also das „vim vi repellere" auf ihn keine Anwendung finden; vergl. Marezoll, Criminalrecht S. 64. S. auch unten ad a.

22) Es ist kein Grund einzusehen, warnm der erlaubte Widerstand bei den niedern Beamten stehen bleiben sollte. Höhere Beamte können vermöge ihrer ausgedehntern Gewalt noch weit empfindlicher das Gleichgewicht der bürgerlichen Existenz stören; und wenn nun der Angegriffene sich für überzeugt hält, daß ihm Unrecht geschehe, so wird der Ausführung des Satzes, daß er Gewalt gegen Gewalt setzen dürfe, unter der Herrschaft solcher Theorieen, auch hier Nichts entgegenstehen. In der That haben auch Martin, Lehrbuch des Criminalrechts 2te Ausg. §. 239. Lit. E. und Andere auch den Aufruhr für den Fall, daß die obrigkeitliche Anordnung für die Aufrührer „nicht verpflichtend" (?) war, für straflos zu erklären sich geneigt gezeigt.

nd alles dasjenige ungestraft zu thun, was man bis jetzt nter dem Begriffe des Hochverrathes für verpönt hielt; s. wäre also damit der Weg zu einer legalen Revolution ngebahnt.

So sehr dieses aber ein Widerspruch in sich selbst ware, so ist es auch, um darauf zurückzukommen, unatürlich und der Staatsordnung zuwider, wenn man inen Widerstand gegen die mittleren und niederen Staatsehörden unter irgend einem Titel eximiren will. Man uß dabei nur immer bedenken, wie bereitwillig ein Jeder, er durch die öffentliche Gewalt zu einem Thun oder Unterassen gezwungen werden soll, dazu ist, irgend einen Anand [23]) gegen die Rechtmäßigkeit dieser Anforderung aufusuchen und in einen Wortwechsel über die ihm vermeintlich Gebote stehenden Gegengründe zu erheben. Dieses ingt dann gewöhnlich mit Worten an, und endet mit äuften, weil jedesmal die Leidenschaft hinzutritt. Mag s auch noch so hart scheinen, so kann man doch in keiem Falle, und selbst im grellsten nicht, wo die Diener er öffentlichen Macht in Rohheit ausarten und sich Kör-

23) Auf den Grund vieljähriger Erfahrung kann der Verfasser versichern, daß die sofortige Einsicht eines Bürgers, daß er mit Recht zu Etwas angehalten oder von Etwas zurückgehalten wird, eine ganz seltene Ausnahme bildet, und es ist auch tief in der menschlichen Natur begründet, daß in Jedem, gegen den Zwang angewendet wird, das Freiheitsgefühl sich regt, und gestattet man ihm, sein eigener Richter zu seyn, so wird er sein Verhalten in der Regel nicht in dem Grade excedirend ansehen, daß man ihm mit so harten Maßregeln begegnen dürfe. Hieraus ergiebt sich auch das Unpraktische des neuerdings von J. A. Wirth, Rechtsphilosophie und Moral. Heilbronn 1842. S. 296. aufgestellten Satzes: „Unordnungen, die ihrem Inhalte und ihrer Form nach nicht gesetzlich sind, enthalten nicht den im Gesetze offenbaren allgemeinen Willen des Staats, sondern nur den particulären und zufälligen des einzelnen Beamten, gegen welchen der sittliche Wille des Bürgers ein tieferes Recht hat. Es treten daher die Bestimmungen der Nothwehr (?) ein."

perverletzungen erlauben, die Widersetzung gegen dieselben von Gesetzes wegen billigen [24]). Denn wenn man in einem einzigen Falle und auch nur als seltene Ausnahme die Vergreifung an den Vollziehern obrigkeitlicher Befehle zuläßt, so ist diesem Verbrechen Thür und Thor geöffnet [25]). Will man aber gar noch weiter gehen, und dem Publikum die Prüfung der Frage überlassen, ob der öffentliche Diener innerhalb der Gränzen seiner Competenz handelt, so wird das Gesetz geradezu illusorisch; denn wenn auch nicht in jedem Zweifelsfall Gewalt gegen Gewalt gesetzt wird, so ist alsdann doch der Richter immer genöthigt, jene Frage in Erwägung zu ziehen, und zu erkennen, daß der Thatbestand nicht hergestellt sey, wenn er glaubt, daß irgend etwas an dem Requisit der Zuständigkeit mangle. Welchen schlimmen Eindruck ein solcher Ausgang des Untersuchungsprozesses wegen einer stadtkundigen Widersetzlichkeit macht [26]), kann man sich leicht

24) Als Strafmilderungsgrund kommt ein solcher Dienst-Exceß natürlich dem Angegriffenen zu Statten, so wie es überhaupt an und für sich nicht strafbar seyn kann, gegen drohende Verletzungen sich in Vertheidigungsstand zu verhalten, wenn auch Jemand durch seinen Widerstand die Gewaltanwendung hervorgerufen haben sollte; allein wenn man dem solchergestalt Bedrängten eine passive Gegenwehr als natürliches Recht zugesteht, so ist damit noch nicht ein Uebergehen in offensive Handlungen sanctionirt. Die Hauptsache bleibt immer, daß einem obrigkeitlichen Gebot, selbst gegen die innere Ueberzeugung von dessen Nothwendigkeit oder Statthaftigkeit, Gehorsam geleistet werden muß, und das gewaltthätige Zurückweisen eines solchen Gebots ist und bleibt unter allen Umständen ein Verbrechen.

25) Ein Muster von schützenden Formen für die ausübende Gewalt gibt uns die englische Einrichtung der Constables. — Mittermaier, deutsches Strafverfahren 3te Aufl. Theil I. §. 41. Nr. 4. Mohl, System der Präventivjustiz. Tübingen 1834 S. 453. Anm. 5.

26) Man muß nur nicht glauben, daß der große Haufe, wenn er einen solchen Sieg gegen die Agenten der Staatsgewalt errungen hat, den Entscheidungsgründen so genau nachspüren

denken, und es sind dem Verfasser Beispiele genug bekannt, wo man sich im Publikum daraufhin geäußert hat, die Polizeidiener und Gendarmen dürften jetzt gar Niemand mehr angreifen; sie hätten sich vielmehr blos auf die Beobachtung des öffentlichen Treibens, auf Abmahnungen und Denunciationen zu beschränken, ohne je Hand anzulegen. Dergleichen Irrungen sind von unermeßlichem Nachtheile für die Regierung, und dieselbe muß am Ende mit einer Schüchternheit auftreten, als wollte sie ihr Recht mehr erbitten, als erheischen. Um ein naheliegendes Beispiel anzuführen, denke man sich den Fall, daß irgend ein Bürger, der fälschlich eines Verbrechens bezüchtigt ist, auf Befehl des Inquirenten zur Haft gebracht werden soll, und daß dieser Bürger zugleich Grund habe, die Competenz des Untersuchungsgerichtes, also auch seiner Diener, in Zweifel zu ziehen, so wäre er nach jener Theorie gewiß legitimirt, die Folgeleistung zu verweigern und die Angriffe auf seine Person sogar zurückzuschlagen. Damit würde aber nichts Anderes geschehen, als eine gewaltsame Selbstentscheidung [27]) des Verfolgten über die gegen ihn erhobene Anklage, und dieser Widersinn, diese Anomalie gegen alle Rechts- und Staatsordnung könnte auch selbst der Freisinnigste nicht gut heißen, weil von da an

werde, daß er zu erkennen vermöchte, wie nur ein gerechtes Bedenken gegen die Competenz die Angeklagten von der Strafe gerettet hat; sondern diese Leute glauben dann, sie dürften nur immer standhaft dergleichen Angriffe abwehren, so würde sich nicht leicht ein zweiter Diener der Justiz oder Polizei an sie wagen. Es ist demnach immer ein Beispiel von schweren Folgen, wenn erwiesene Widersetzlichkeit für straflos erklärt wird.

27) Betrachtet man die Sache von dieser Seite, so fällt das Vergehen, wenn auch an dem Thatbestande der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt Etwas mangeln sollte, unter den Begriff der unerlaubten Selbsthülfe, und zwar der qualificirten, mit Vergreifung an dem Körper des Gegners. *Henke*, Handbuch des Criminalrechts Bd. III. S. 293.

nur ein Schritt weiter zu machen wäre, um eine vollständige Anarchie herbeizuführen.

Die menschliche Erkenntniß wird stets mangelhaft bleiben, und es wird deßhalb, wie bisher immer und überall, mitunter vorkommen, daß ein Unschuldiger in Untersuchung und sogar in Haft gebracht wird. Wer möchte aber aus diesem Grunde dem Inquirenten die Befugniß entziehen, auf vorliegenden Verdacht gegen jedes Subject einzuschreiten, und jedes Widerstreben auf das Entschiedenste zu bekämpfen? Beim Beginn der Untersuchung kann man ja überhaupt nur von Indicien und Vermuthungen ausgehen, nicht aber bei irgend einem Schritte dafür gut stehen, daß er am Schlusse als unumgänglich nothwendig erkannt werden wird. Nicht das Erkennen der Wahrheit, sondern das Suchen der Wahrheit[28]) ist des Untersuchungsrichters Geschäft, und man muthe ihm daher, um die Freiheit der Bürger in Schutz zu nehmen, nicht Mehr zu, als er menschenmöglich leisten kann. —

So ist auch noch die Schwierigkeit im Auge zu halten, wie die Vollziehungsbeamten im Momente eines Tumultes oder sonst einer verbrecherischen That gar nicht im Stande sind, zu ermessen, ob alle Voraussetzungen, wodurch sich hintennach ihr Einschreiten rechtfertigen ließe, bereits vorhanden sind, und wenn sie selbst auch daran

28) In dem gleichen Falle befinden sich in der Regel auch die Unterbeamten, und zwar nicht blos wenn sie bei Anläſſen, wo Gefahr auf dem Verzug haftet, auf eigene Verantwortlichkeit einschreiten, sondern auch da, wo sie einen Auftrag vollführten, indem es auch hier leicht geschehen kann, daß sie in der bezeichneten Person irren; so lange nicht ein Endurtheil erlassen ist, kann überhaupt kein Schritt der für die Wahrheitserforschung aufgestellten Personen als auf einer unumstößlichen Grundlage beruhend angesehen werden. Vergl. Abegg, Lehrbuch des Criminalproz. Königsberg 1833. §. 76. Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. IV. S. 405.

zweifeln ſollten, iſt es noch die Frage, ob nicht ihre Vorgeſetzten darüber anderer Anſicht ſeyn und ihnen bei unthätigem Verhalten einen Verweis geben würden.

Es wird mithin als eine politiſche Nothwendigkeit anzuſehen ſeyn, daß der Unterthan nimmermehr für berechtigt erklärt werde, einer Anforderung öffentlicher Diener den Gehorſam zu verweigern; er ſoll vielmehr jedesmal und ohne Verzug gehorchen; mit Vorbehalt ſeiner etwaigen Einſprachen und Beſchwerden vor dem Richter [29]).

Das erſte von den neueren Geſetzen in dieſer wichtigen Materie war das Badiſche vom 28. December 1831. (über das Verbrechen der Widerſetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt.)

Der Art. 1. lautet:

„Wer einer Civil- oder Militärperſon bei der Ausübung des öffentlichen Dienſtes innerhalb der Gränzen ihrer Zuſtändigkeit Widerſtand leiſtet, verfällt, wenn der Widerſtand durch Drohungen geſchah, in eine gemeine Gefängnißſtrafe, welche bis auf 6 Wochen ſteigen kann, und wenn er durch Thätlichkeiten geſchah, in eine gemeine Gefängniß- oder Arbeitshausſtrafe, welche bis auf drei Monate ſteigen kann" [30]).

---

29) Es wird dem Verf. wohl nicht verdacht werden, wenn er ſich über dieſe Streitfrage etwas ausführlich verbreitet hat, weil die Anſichten der Praktiker, beſonders auch durch eine mißverſtandene Anwendung der Freiheitsidee, darin zum Theil in große Verwirrung gerathen ſind.

30) Das ganze Geſetz beſteht aus ſechs Artikeln, wovon die drei letzten blos den Vollzug betreffen. Der Art. 2. redet noch von dem Fall, wo der Widerſtand mit Anwendung von Waffen, oder mittelſt körperlicher Mißhandlung geſchah, wo dann die Strafe, im Fall beide Erſchwerungen zuſammentreffen, bis auf höchſtens eine Zuchthausſtrafe von einem Jahre anſteigen kann. Im Art. 3. iſt verordnet, daß bei einer Concurrenz mit andern Verbrechen die Hauptſtrafe in keinem Falle um mehr als ein Drittheil überſchritten werden darf. Was die körperlichen

Hiergegen läßt ſich jedoch gar Vieles einwenden, und zwar hauptſächlich Folgendes:

a) Es iſt, wie eben ausgeführt wurde, ganz unangemeſſen, die Frage der Competenz hereinzutragen, weil damit, wenigſtens in dieſer Wortſtellung, zunächſt nur die mißliche Folge erreicht wird, daß die Unterthanen ſich bei jeder unangenehmen Begegnung mit Beamten eine Erörterung über die Zuſtändigkeit herausnehmen, welche entweder den Agenten der öffentlichen Gewalt in Verlegenheit ſetzt, oder entmuthiget, oder den Bürger ins Unglück führt[31]), weil er doch in der Regel ohne gerechten Grund den Streit erheben wird.

Die ſpätern deutſchen Geſetze haben dieſes wohl erkannt, und eine Verbeſſerung, wie in manchen andern Punkten, auch hier eintreten laſſen.

Das Königl. Sächſiſche Strafgeſetz von 1838 gebraucht im Art. 105 die Worte: „Wer ſich der Vollziehung einer, von einer öffentlichen Behörde[32]) in ihrem Wirkungskreiſe ausgegangenen Anordnung gewaltthätig widerſetzt, die dazu beauftragten Perſonen mit Thätlichkeiten bedroht, oder ſich an ihnen wirklich vergreift[33]), oder ſich gegen Schildwachen oder ausge-

---

Mißhandlungen nach Art. 2 anbelangen, ſo pflegen die Gerichte darunter einen förmlichen gewaltthätigen Angriff, und nicht blos dasjenige Zuſchlagen zu verſtehen, welches ſonſt unter den Begriff der Real-Injurie fallen würde. Vergl. Carpzov. Pract. rer. cr. P. II. qu. 94. no. 48 sq.

31) Dieſer Geſichtspunkt dürfte, im wahren Intereſſe des Volkes, als einer der wichtigſten anzuſehen ſeyn; denn es iſt gewiß unpolitiſch, die Unterthanen gewiſſermaßen in die Schlingen des Verbrechens zu verlocken.

32) Oeffentliche Behörden ſind aber nicht blos die Staatsdiener im engeren Sinne, ſondern auch die Gemeindebeamten, ſo weit ſie zur Vollziehung der Geſetze berufen ſind. Henke, Handbuch des Criminalrechts Bd. III. S. 202.

33) Der Ausdruck „Vergreift" iſt ſchon weit angemeſſener, als jener: „wenn der Widerſtand durch Thätlichkeiten geſchah";

hlckte Patrouillen thätlich vergeht, ist mit Gefängniß on 3 Wochen bis zu einem Jahre, und, daferne er sich erbei einer Waffe bedient hat, bis zu zwei Jahren zu elegen."

Das K. Württembergische Strafgesetz von 1839 finirt im Art. 171. also: „Wer sich der Vollziehung brigkeitlicher Anordnungen durch gewaltsamen Widerand gegen obrigkeitliche Personen oder Dieer entgegensetzt[34]); wer die Obrigkeit zu Vornahe, Unterlassung oder zur Zurücknahme einer Amtshandng durch Gewalt oder durch Drohung mit derselben zu öthigen sucht, ist der Widersetzung schuldig."

Auf eine weniger befriedigende Weise hat das braunschweigische Gesetz von 1840 diese Aufgabe n §. 107. zu lösen gesucht: „Wer einen oberen öffentlichen Beamten oder Offizier während der Ausbung des Dienstes thätlich mißhandelt[35]), oder

---

denn ein Vergreifen liegt schon im groben Antasten oder Berühren, welches sicherlich eine Strafschärfung verdient. Damhouder, Praxis rer. crim. Cap. 139. Carpzov. l. c. P. II. qu. 99. no. 5.

34) Hier hat der Begriff des Verbrechens die weiteste Ausdehnung erlangt, und in sofern, als nicht etwa in der Praxis die Thatsache des einfachen passiven Ungehorsams hineingezogen wird, dürfte diese Fassung zu billigen seyn; es ist jedoch letzteres nicht wahrscheinlich, weil das württembergische Polizeistrafgesetz vom 2. Oct. 1839 den „einfachen Ungehorsam" an die Spitze der Polizeivergehen gestellt hat.

35) Man sieht hier deutlich, wie verschiedenartig das Wort Mißhandlung von den Gesetzgebern gebraucht wird. Im badischen Gesetze (Art. 2.) erscheint es als ein Erschwerungsgrund, und hier wird es als nothwendiger Theil des Thatbestandes erklärt; man muß also in Braunschweig denselben Gewaltsgrad darunter verstanden haben, welchen man in Baden durch das Wort „Thätlichkeiten" und in Sachsen durch das Wort „Vergreifen" ausdrücken wollte. In Eberhard's synonymischem Handwörterbuch Nr. 903. wird die Mißhandlung als eine That bezeichnet, womit Jemand dem Andern aus Verachtung, Haß, Zorn oder andern feindseligen Leidenschaften, Uebel zufügt."

an demselben wegen einer Diensthandlung thätliche Rache nimmt, erleidet, falls er mit Vorbedacht gehandelt, Zwangsarbeit nicht unter einem Jahre, sonst Zwangsarbeit von sechs Monaten bis zu einem Jahre."

Ausführlicher ist dagegen das Hannöversche Gesetz vom Jahre 1840, welches im Artikel 156. verordnet: „Wer den Befehlen und Anordnungen der Obrigkeit gewaltsamen[36]) Widerstand leistet; — wer an einer obrigkeitlichen Person, während der Ausübung ihres Amts, sich thätlich vergreift; — der ist, vorausgesetzt, daß diese Handlungen nicht das Merkmal des Aufruhrs an sich tragen, der gewaltsamen Widersetzung gegen die Obrigkeit schuldig." Ferner heißt es aber im Art. 160.: „In allen Fällen der Art. 156 — 159. kommt es als ein wichtiger Milderungsgrund in Betracht, wenn der Offiziant seine Befugnisse überschritten hatte. In wie fern aber in dem Falle einer gesetzlich erlaubten Selbstvertheidigung gegen einen unrechtmäßigen Angriff Strafloſigkeit eintritt, ist nach den Bestimmungen der Art. 7. 8.[37]) fg. zu ermessen."

Hieran schließt sich dann auch das neueste, nämlich das Großh. Hessische Strafgesetz vom Jahre 1841 an,

36) Offenbar ist durch den Beisatz „gewaltsam" der Wille des Gesetzgebers unvorsichtig ausgedrückt, denn er kann leicht zu der Auslegung führen, daß eine bloße Antastung oder eine nicht auf Ueberwältigung ausgehende Handanlegung nicht unter diesen Begriff falle.

37) Dieser Artikel lautet: „Die Selbstvertheidigung gegen einen unmittelbar bevorstehenden oder bereits begonnenen unrechtmäßigen Angriff zur Deckung von Leib, Leben, Freiheit und Ehre oder Gut u. s. w. ist nicht strafbar, und ist der Angegriffene wegen der Folgen einer solchen Nothwehr nicht verantwortlich." Es ist klar, daß dadurch die Frage der Competenz wieder in den Kreis der Beurtheilung des Angegriffenen gezogen wird, und somit dieselben Inconvenienzen entstehen können, wie unter der Herrschaft des badischen Gesetzes.

welches im Art. 172. faſt wörtlich daſſelbe ſagt, wie jenes im Art. 156. und die weitere Beſtimmung im Art. 176. ſo ausdrückt: „Hat derjenige, gegen den die Widerſetzung verübt worden iſt, durch geſetzwidriges Verfahren ſelbſt dazu Veranlaſſung gegeben, ſo iſt die Strafe innerhalb ihrer geſetzlichen Gränzen zu mildern; auch kann in leichtern Fällen auf Geldſtrafe erkannt werden.“ —

Aus dieſer Zuſammenſtellung läßt ſich offenbar ein Fortſchritt in der Auffaſſung des fraglichen Verbrechens erkennen. In Sachſen umging man bereits die Competenzfrage durch die Worte: „in ihrem Wirkungskreiſe“; wonach es im Augenblicke der Begegnung nicht ſowohl darauf ankommt, ob der öffentliche Diener innerhalb der ihm vorgezeichneten Gränzen verbleibt, als vielmehr nur darauf, ob er überhaupt zu Amtshandlungen der fraglichen Art berechtiget iſt, und es kann mithin nie im entſcheidenden Augenblicke[38]) ein Streit über die Rechtmäßigkeit der Anwendung ſeiner Dienſtgewalt entſtehen.

Noch allgemeiner iſt die Faſſung in den übrigen Geſetzen, indem ſie alle nur ſo Viel verlangen, daß die Widerſetzung gegen eine obrigkeitliche Perſon während der Ausübung einer Dienſt- oder Amtshandlung geſchah. Dieſes möchte der wahre Standpunkt ſeyn, auf

38) Entſcheidend ſind die Augenblicke, wo eine Maßregel gegen eine Perſon durchgeſetzt werden ſoll, in ſofern, als es dabei auf das Anſehen der executiven Behörden hinausläuft, und wenn auch unmittelbar darauf die in Frage ſtehende Maßregel zurückgenommen wird, ſo iſt dies doch begreiflicherweiſe etwas ganz Anderes, als wenn die angegangene Perſon oder ihr Anhang bei einem erhobenen Handgemenge die Oberhand behalten hätte. Früher nahm man, wenn nicht gerade das Crimen vis nachgewieſen werden konnte, ſeine Zuflucht zur Beſtrafung wegen qualificirter Injurie. Carpzov. Pract. rer. crim. P. II. qu. 94. no. 48. Quiſtorp, Grundſ. des peinl. Rechts §. 184. 185.

den man den Begriff des Verbrechens zu baſiren hat: denn es iſt von dem Schutz ſolcher Geſetze kein höherer oder niederer Staatsdiener auszuſchließen, ausgenommen derjenige, welcher ſich wiſſentlich eines Mißbrauchs ſeiner Gewalt ſchuldig machte und auf dieſem Wege eine unlautere Privatabſicht zu erreichen ſuchte. Würde ihm in dieſem Verhalten Widerſtand geleiſtet, ſo iſt er nicht mehr in einer Dienſthandlung, ſondern in einem rechtswidrigen Beginnen, in einem Verbrechen[39]), gehemmt. Auf die Abſicht, in welcher er handelt, kommt Alles an; es kann alſo im Falle eines grellen Irrthums über die Veranlaſſung oder Zuläſſigkeit der Einſchreitung eine Renitenz nicht ſtraflos bleiben, ſobald der gute Glaube des Beamten außer Zweifel ſteht.

b) Ein zweiter Fehler des Badiſchen Geſetzes iſt, daß es den ſtrafbaren Widerſtand blos auf Drohungen und Thätlichkeiten beſchränkt. Das letztere Wort kann leicht ſo verſtanden werden, und wird auch in der Praxis häufig ſo aufgefaßt, daß nur ein actives Benehmen, alſo ein eigentlicher Gegenangriff damit gemeint ſey. Daß aber auch ein ſtandhaftes Verweigern, Abwehren oder Zurückſtoßen nicht minder unter den wahren Begriff des Widerſtandes falle, lehrt uns ſchon der Sprachgebrauch.

Sehr oft geſchieht es, daß Perſonen, die verhaftet werden ſollen, den öffentlichen Beamten auf eine boshafte

---

39) Nur in dem Falle, wenn der öffentliche Diener böslicherweiſe und gegen beſſeres Wiſſen gehandelt hätte, darf das Subject, welches ſich ihm widerſetzt hat, mit Strafe verſchont bleiben; aber nur aus dem Grunde, weil es hier am Thatbeſtande eines Verbrechens, ſelbſt nach der weiteſten Ausdehnung, mangelt. Nicht der Vollzug eines Privatwillens, oder einer tückiſchen Laune des Beamten, ſoll Schutz im Geſetze finden, ſondern nur der wirkliche, oder doch vermeintliche Vollzug einer geſetzlichen Nothwendigkeit. — Vergl. Jarcke, Handbuch des Strafrechts Bd. II. S. 209. Nr. 2.

Weise hinhalten, ohne im mindesten seinen Körper zu berühren, also ohne eine Thätlichkeit zu begehen, und zwar ganz einfach auf die Weise, daß sie regungslos stehen bleiben, oder sich gar zu Boden legen [40]). Eben so widersetzt sich zuweilen Jemand, dem ein Gegenstand, wie z. B. ein Werkzeug, ein Corpus delicti, weggenommen werden soll, dadurch, daß er fest daran hält, und den Beamten vergeblich daran zerren läßt. Wenn auch zuzugeben ist, daß in solchen Fällen die Strafbarkeit einen geringeren Grad erreicht, als wo zugeschlagen wird, so bleibt es doch immer eine Widersetzlichkeit, und wenn Zuschauer hinzukommen [41]), so wird der öffentliche Scandal nur um so größer, je länger sich der Beamte mit dem Widerspännstigen aufhalten, und je nachdrücklicher er sich in ein Handgemenge einlassen muß; denn es entsteht gar leicht zu Gunsten eines dergestalt Genöthigten ein Mitleiden, er wird als ein politischer Märtyrer [42]) angesehen, und alsdann mischt sich auch wohl Einer oder der Andere von den Umstehenden hinein, wodurch dann ein ungleicher

40) Die Verlegenheit der Beamten wird bei einem solchen Benehmen oft noch größer, als bei thätlicher Gegenwehr, weil man nämlich genöthigt wird, sehr nachdrückliche Gewalt anzulegen, um ein so widerspännstiges Subject in Bewegung zu setzen.

41) Man weiß ja, wie vielen müßig umherstehenden Menschen eine solche Gelegenheit erwünscht kommt, um ihre Neugierde zu befriedigen, und zugleich um sich wichtig zu machen, und den Polizeiagenten ihre Meinung zu sagen.

42) Ist die That, welche einem solchen Menschen zur Last liegt, noch so frevelhaft, so giebt es doch immer eine Mehrzahl von Leuten, die, weil sie nicht darunter zu leiden haben, sich nicht viel daraus machen, und sich bei Verhaftungsscenen nur in die Lage denken, wenn sie selbst so in ihrer Freiheit gestört würden, wodurch dann natürlich die Theilnahme, ja auch wohl der Unwille erwacht; und wenn nun, wie es häufig geschieht, Redensarten fallen, wodurch der Verfolgte in Schutz genommen, oder zur tapfern Gegenwehr aufgemuntert wird, so kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß diese Personen als *Gehülfen anzusehen* und zu bestrafen sind.

Kampf entſteht, in welchem der Beamte, wenn er keinen Succurs bekommt, dann gewöhnlich unterliegt.

Auch in dieſer Beziehung iſt der durch die neuere Geſetzgebung gehende Ausdruck: „Wer gewaltſamen Widerſtand leiſtet" — vorzuziehen, wiewohl es, um jeder Mißdeutung vorzubeugen, noch beſſer wäre, zu ſagen: „Wer durch Drohungen und Thätlichkeiten, oder auch durch hartnäckiges Widerſtreben einen öffentlichen Beamten an der Ausübung einer Dienſthandlung hindert u. ſ. w.[43]), der macht ſich des Verbrechens der Widerſetzlichkeit ſchuldig."

c) Aber auch die Strafe von höchſtens 3 Monaten, welche das Badiſche Geſetz für einfachen Widerſtand androht, iſt zu gering, und eine Vergleichung mit den andern Geſetzen lehrt, daß ein Spielraum bis zu 1 — 2 Jahren Arbeitshaus gegeben werden muß. Der franzöſiſche Code penal geht noch viel weiter[44]), und wenn auch manche andere Härten dieſes Geſetzes ſeither gemildert wurden, ſo haben die geſetzgebenden Verſammlungen ſich doch noch nicht bewogen gefunden, in dieſer Beziehung eine größere Schonung eintreten zu laſſen, weil man wohl einſehen muß, daß nur mit ſolchen Strafdrohungen die in neuerer Zeit ſo oft gefährdete öffentliche Ordnung und das Anſehen der Behörden aufrecht erhalten werden können.

---

43) Der Verf. möchte nicht billigen, daß man mit dem Braunſchweigiſchen Geſetze ſo weit geht, auch die Ausübung thätlicher Rache wegen einer Dienſthandlung unter dieſen Begriff zu ſubſumiren, weil eine Widerſetzlichkeit nur dann vorliegt, wenn die fragliche Dienſthandlung im Augenblick des Vollzugs verhindert werden ſoll. Nachgefolgte Vergeltung an dem vollziehenden Diener ſoll zwar allerdings nicht minder criminell ſtrafbar ſeyn, aber nicht unter dem Titel der Widerſetzlichkeit.

44) Für einen Schlag mit der Hand und ohne Waffen kann nach Art. 228. Gefängniß bis zu 5 Jahren erkannt werden.

Man hat dies auch im Großherzogthum Baden, nach Verlauf einiger Jahre, erkannt und in den Strafgesetzentwurf, der jedoch leider noch nicht sobald der Verabschiedung mit den Landständen entgegensehen darf, anderweite, zum Theil viel strengere Bestimmungen aufgenommen [45]).

Das Verbrechen der Widersetzlichkeit ist gegenwärtig in Baden [46]), nächst den Diebstählen und Verwundungen, eines der allerhäufigsten, und es scheint wohl, daß man auch aus dieser Rücksicht sich bestimmt gefühlt hat, mit mehr Nachdruck dagegen zu arbeiten.

Gegen den unter den Executivbeamten mitunter verlautenden Wunsch, jenes Gesetz von 1831 sofort, und ohne Abwartung des neuen Criminal-Codex, in den hier bemängelten Punkten wieder aufzuheben oder zu modificiren, sprechen jedoch zur Zeit noch gewichtige Bedenken. So lange nämlich keine genaueren Strafbestimmungen über Mißbrauch der Amtsgewalt bestehen, kann man mit Grund

---

45) Der Entwurf der Regierung lautet §. 563.: „Wer sich der Vollziehung von Gesetzen und Verordnungen oder von obrigkeitlichen Verfügungeu mit Anwendung oder mit Androhung von Gewalt gegen obrigkeitliche Personen, welche die Vollziehung vermöge ihres Amtes anzuordnen oder zu bewirken haben, oder gegen andere Personen, welchen vermöge eines besondern Auftrags Gleiches obliegt, widersetzt, wird mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft." — Die zweite Kammer schlug folgende Fassung vor: — „gegen Civildiener und Militärpersonen, welche innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit handeln, oder gegen die Stellvertreter derselben, oder gegen Diejenigen, welche auf ihre Aufforderung ihnen Beistand leisten" u. s. w. Die erste Kammer nahm dieses Amendement an, mit Ausnahme der Worte: „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeit", wofür sie wieder die Worte des ersten Entwurfes setzte: „welche die Vollziehung vermöge ihres Amtes zu bewirken haben," — und in letzterer Fassung wäre der Artikel gewiß gut.

46) Vergl. Uebersicht der Strafrechtspflege im Großherzogthum Baden während des Jahres 1839. Karlsruhe 1841. S. 122. 123.

besorgen, daß es bei strengeren Strafdrohungen gegen die Widersetzlichkeit an dem nothwendigen Gegengewicht fehle, wodurch Exzessen von Seiten heftiger oder allzu dienst-eifriger [47]) Beamten vorgebeugt [48]) werden könnte. Nicht minder wäre vorher ein neues Strafprozeßgesetz zu wünschen, damit über die Frage, wann und wie gegen einzelne Personen eingeschritten werden darf, zum Schutz der bürgerlichen Freiheit, wie auch der Autorität der Vollziehungsbeamten, feste Grundsätze an Handen gegeben wären. Es ist eine bekannte Thatsache, daß Widersetzlichkeiten vorzugsweise bei Gelegenheit der Haussuchungen und Verhaftungen vorkommen, und gerade über die Vorbedingungen dieser Maßregeln herrscht am meisten Unsicherheit.

Endlich gehört auch zu den Voraussetzungen, unter welchen ein strenges Gesetz über den Widerstand gegen Beamte am mindesten den ruhigen und unschuldigen Bürger gefährdet, die Anstellung von solchen, und nur von solchen Subjecten als Subalterndiener, welche von Charakter vorwurfsfrei dastehen, und welche zugleich auch einen gewissen Grad von Bildung sich angeeignet haben. Besonders bei Polizeidienern fehlt es noch sehr hieran.

Der Verfasser möchte auch den, in seiner praktischen Erfahrung gegründeten Wunsch hier noch anführen, daß es den Regierungen, welche eines Theils für das Ansehen ihrer Behörden, und anderntheils für die Bewahrung der Unterthanen vor Schaden gebührend besorgt sind, gefallen

---

47) Es ist nicht zu läugnen, daß gewisse Klassen von Beamten, wenn sie sich allzu sicher fühlen, leicht auf Unkosten des Publikums sich die Zufriedenheit der Regierung, oder vielmehr Verbesserung ihrer Dienststellung zu erlangen suchen.

48) Freilich ist es auch wieder unpassend, so übermäßige Strafen für den Fall einer Dienstüberschreitung zu drohen, wie einige neuere Gesetze gethan haben. S. meine Schrift: über Unterdrückung der Mißbräuche der Untersuchungsbeamten. Karlsruhe S. 39. S. 44 fg.

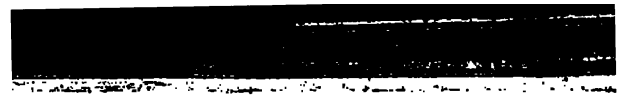
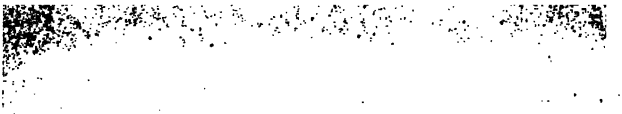
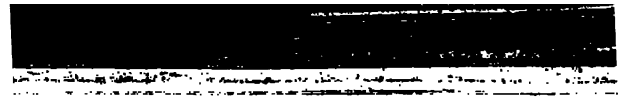
wollte, von den Gesetzesstellen, welche das Verbrechen der Widersetzlichkeit umfassen, besondere Abdrücke fertigen und solche, zur Warnung, in allen Raths- und Wirthshäusern anschlagen zu lassen [49]).

(Der Beschluß im nächsten Hefte.)

---

49) Während man alle neuen Verordnungen über Abhaltung von Versammlungen, Tänzen und Märkten, so wie über Straßenverkehr u. s. w. auf solche Art bekannt zu machen sich beeilt, versäumt man es überall, das Publikum, welches sich doch im Ganzen um Strafgesetze so wenig bekümmert, bei dergleichen Gelegenheiten auf die Pflichten aufmerksam zu machen, welche es gegen die Beamten, die zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung bestellt sind, zu beobachten hat.

Druckfehler
im dritten Stücke:

S. 370. Z. 2. v. o. lese man: weil statt wie.

Halle,
Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.